Die Kenntlichkeit des Pfandrechts

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Hans Jürgen Banhardt
Gerichtsreferendar aus Braunschweig

Marburg 1932
Druckerei Gutenberg, Braunschweig

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 1. März 1932

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Professor Dr. Franz Leonhard

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis

Seite

§ 1 Einleitung 1

Erster Abschnitt: Das Pfandrecht im geltenden Recht . 3

§ 2 1. Titel: Die Kenntlichkeit als Grundsatz des Pfandrechts . 5

2. Titel: Die Entwicklung des Pfandrechts

§ 3 A) Das Pfandrecht im römischen Recht 6
§ 4 B) Das Pfandrecht im alten deutschen Recht 9
§ 5 C) Das Pfandrecht von der Rezeption bis zur Einführung des BGB. 10

3. Titel: Das Pfandrecht des BGB.

§ 6 A) Die Kentlichkeit durch Übergabe 11
§ 7 B) Vorzüge und Nachteile des Pfandrechts nach dem BGB. 16

Zweiter Abschnitt: Die Sicherungsübereignung 21

1. Titel: Der Begriff der Sicherungsübereignung

§ 8 A) Die Sicherungsübereignung im weiteren Sinne 23
§ 9 B) Der Sicherungskauf 23
§ 10 C) Die abstrakte Sicherungsübereignung 25

2. Titel: Die rechtliche Zulässigkeit

A) der Sicherungsübereignuug im allgemeinen
§ 11 I. Die Sicherungsübereignung ist kein Scheingeschäft, sondern ein fiduziarisches Geschäft 27
II. Die Sicherungsübereignung verstößt nicht gegen ein gesetzliches Verbot
§ 12 1. § 1205 BGB. 28
§ 13 2. § 122 BGB. 32
§ 14 III. Die gesetzgeberische Grundlage der Sicherungsübereignung 33

B) der Sicherungsübereignung von Sachinbegriffen
§ 15 I. Der Sachinbegriff ist kein Rechtsobjekt 34
§ 16 II. Ist die Sicherungsübereignung trotz der beim Schuldner verbleibenden Verfügungsbefugnis gültig? . 36
§ 17 III. Die Übereignung der Ersatzstücke 40

3. Titel: Die Bedenken gegen die Sicherungsübereignung

§ 18 A) Im allgemeinen 43
§ 19 B) I. In der Zwangsvollstreckung 45
§ 20 II. Im Konkurs 47
§ 21 III. Im Steuerrecht 48

§ 22 4. Titel: Reformvorschläge 50

Dritter Abschnitt: Das Registerpfandrecht 55

1. Titel:

§ 23 A) Die Bestrebungen auf Einführung eines Registerpfandrechts in Deutschland 57

§ 24 B) Das Registerpfandrecht im geltenden deutschen Recht 60

C) Das Registerpfandrecht im ausländischen Recht

§ 25 I. England 62

§ 26 II. Frankreich und Belgien 64

§ 27 III. Schweiz 66

§ 28 IV. Andere Länder 67

§ 29 2. Titel: Die Bedenken gegen die Einführung des Registerpfandrechts 69

§ 30 3. Titel: Die Frage der rechtlichen Ausgestaltung des Registerpfandrechts 74

§ 31 Schlußwort 83

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555603_0021

Literatur-Verzeichnis

Ackermann, Die Sicherungsübereignung an Warenlagern, Marburg 1919.

v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts. 2. Aufl. 1901.

Archiv für Bürgerliches Recht (Arch. bgl. Recht).

Archiv für die Zivilistische Praxis (Arch. ziv. Prax.).

Ball, Die Mobiliarhypothek (das Registerpfand). Diss. Königsberg 1928.

Bankarchiv. (BA.)

Bauer-Mengelberg, in JW. 1930 S. 2911.

Baumbach, Zivilprozeßordnung. 6. Aufl. Berlin 1931.

Berichte des Deutschen Handelstages.

Bekker, in Jh. Jahrb. f. Dogm. 30 S. 255 ff.

Bernstein, Die Nachteile des Registerpfandrechts in DJZ. 1926 S. 735 ff.

Biermann, Kommentar zum BGB., Sachenrecht 3. Aufl. 1914.

Bonnet, Die Sicherungsübereignung insbesondere von Warenlagern. 1912.

Bulling, Das Registerpfandrecht nach dem Entwurf eines Gesetzes betr. Einführung des Registerpfandes vom 30. 1. 26. Diss. Erlangen 1926.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 12. Aufl. 1930.

Cosack-Mitteis, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Sachenrecht. 7. und 8. Aufl. 1924.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 3. Bd. Rechte an Sachen und an Rechten. Tübingen 1905.

Denkschrift, herausgegeben vom Zentralverband des Deutschen Großhandels: Einführung des Registerpfandes.

Denkschrift betreffend die Einführung eines durch Vertrag zu begründenden besitzlosen Pfandrechts an beweglichen Sachen (Registerpfandrecht, Mobiliarhypothek). Vorgelegt vom Reichsminister der Justiz. RT. Drucks. 3. Wahlper. 1924/26 8. Aussch. Nr. 115.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Das Sachenrecht. 4. Aufl. 1908.

Dernburg, Pandekten. 1. Teil 8. Aufl. Berlin 1911.

Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ.).

Drucksachen des Deutschen Reichstags.
Düringer, in LZ. 1908 S. 105.
Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. 1910.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. und 9. Aufl. 1905.
Enneccerus, Kipp u. Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9.—11. Aufl. Bd. I 1, III.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGE.).
Feilner, Sicherungsübereignung oder Registerpfand? Diss. Hamburg 1929.
Friedlaender, in Schauer-Rost, Kreditsicherung. S. 153 ff.
Geiler, Empfiehlt sich die Einführung der Mobiliarhypothek? in Verh. 32. DJT. S. 185 ff.
Gierke, Deutsches Privatrecht. 2. Bd. 1905.
Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht. Leipzig 1889.
Göppert, Einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen nach römischem Recht. 1871.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Begründet von Gruchot (Gruch.).
Hamelbeck, Die Sicherungübereignung nach geltendem Recht. Berlin 1929.
Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Elster (H. d. R.)
Hedemann, Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1924.
Hellwig, Ueber die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung in Arch. ziv. Prax. Bd. 64 S. 369 ff.
Hellwig, Gläubigernot — Sicherungsübereignungen und andere Schiebungen. Schriften des Vereins Recht und Wirtschaft Bd. 1 Heft 3 S. 141 ff. (1912).
Hoeniger, Sicherungsübereignung von Warenlagern. 2. Aufl. 1912.
Jacusiel, Die Sicherungsübereignung. 1928.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 6. und 7. Aufl. 1928—31.
Ihering, Ih. Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts. (Dogm. J.).
Juristische Wochenschrift, Organ des Deutschen Anwaltsvereins (JW.).
Kernert, in JW 1930 S. 2763.

Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation in Dogm. J. Bd. 16 S. 91 ff.
Lehmann, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. 1928.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (LZ.).
Leonhard, R., in Verh. 15. DJT. S. 102 ff. 1881.
Leonhard, Fr., Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. 2. Aufl.
Leonhard, Fr., Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.
Linckelmann, Die Sicherungsübereignungen in Arch. bgl. Recht Bd. 7 S. 209 ff.
Litten, in Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 188 ff.
Manigk, Pfandrechtliche Untersuchungen, 1. Heft. Zur Geschichte der römischen Hypothek. Erster Teil. Breslau 1904.
Manigk, Pfandrecht in H. d. R. S. 455 ff.
Marck, Die Sicherngsübereignung unter Einschluß der Sicherungsabtretung. 1917.
Mentzel, Kommentar zur Reichskonkursordnung. 1926.
Merzbach, in BA. 1926 S. 183 ff.
Melchior, Zur Mobiliarhypothek. In Verh. 32. DJT. S. 203 ff.
Meyer, Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht. 1909.
Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.
Mugdan, Materialien zum BGB. 1898.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allg. Teil. 3. Aufl. 1927.
Planck, Kommentar zum BGB. 4. Aufl. 1920.
Raape, Verfallklausel bei Pfand- und Sicherungsübereignung. 1913.
Recht, Das, Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgegeben von Lindemann und Soergel. („Recht").
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLGE.).
Rehbein, in JW. 1910. S. 605 ff.
Reichsgerichtsräte, Kommentar der . . . zum BGB. 7. Aufl. 1929.
Salinger, Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in Bezug auf die Sicherungsübereignung? in Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 409 ff.
Salinger, in DJZ. 1926 S. 633 ff.
Schauer-Rost, Die Kreditsicherung im internationalen Handelsverkehr. Berlin 1926.
Scholler, Gutachten aus dem Anwaltsstande. Berlin 1890.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. (Seuff. A.).
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (Seuff. Bl.).
Sohm-Mitteis, Institutionen. Geschiche und System des Römischen Privatrechts. 17. Aufl. 1928.
Staub, Kommentar zum HGB. 12. und 13. Aufl. 1926.
Staudinger, Kommentar zum BGB. 9. Aufl. 1926.
Stein-Jonas, Die ZPO. für das Deutsche Reich. Kommentar 14. Aufl. 1929.
Verhandlungen des 15., 31., 32. Deutschen Juristentages (Verh. DJT.).
Warneyer, Kommentar zum BGB. 2. Aufl. 1930.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen (Warn.).
Weinberg, Fragen des Gläubigerschutzes unter besonderer Berücksichtigung des Registerpfandes. 1926.
Weinhausen, Die Sicherungsübereignung. 1928.
Weisweiler, Das Registerpfand. Diss. Köln 1927.
Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht. 1906.
Wiener, in Verh. 15. DJT. S. 84 ff. 1881.
Wolff, Max, in JW. 1930 S. 1470 ff.
Zeiler, in Seuff. Bl. Bd. 73 S. 848 ff.
Zeiler, in DNotV. 1912. S. 65 ff.
Zeitschrift des Deutschen Notarvereins (DNotV.).

§ 1

Einleitung

Das Pfandrecht ist ein dingliches Recht an einem Gegenstand, kraft dessen der Berechtigte sich wegen einer Forderung aus dem Gegenstand befriedigen kann. Im BGB. wird als Pfandrecht nach festem Sprachgebrauch nur das Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten bezeichnet [1]). Der für das Pfandrecht an beweglichen Sachen vor 1900 gebräuchliche Ausdruck „Faustpfand" ist nur noch in § 804 ZPO. versehentlich stehen geblieben. Bei unbeweglichen Sachen wird der Ausdruck Pfandrecht nicht gebraucht. Das Pfandrecht an Rechten scheidet aus der Untersuchung aus. Es hat sich nämlich gerade die gesetzliche Regelung, soweit sie das Pfandrecht an beweglichen Sachen betrifft, als unzureichend für die Bedürfnisse des modernen Rechts- und Geschäftsverkehrs erwiesen. Das hat zur Bildung unerträglicher Rechtsformen, insbesondere der Sicherungsübereignung geführt, durch die der in §§ 1205, 1206 BGB. niedergelegte Grundsatz, daß ein Pfandrecht nur durch tatsächliche Uebergabe entstehen kann, durchlöchert und fast wertlos gemacht ist. Gestützt auf diese Feststellung sowie auf die Tatsache, daß in der heutigen Zeit der Kapitalverknappung das Problem der Kreditbeschaffung durch Beleihung von Mobilien mehr denn je in den Vordergrund getreten ist, rechtfertigt sich eine Beschränkung dahin, daß Gegenstand der Arbeit allein „die Kenntlichkeit des Pfandrechts an beweglichen Sachen" sein soll.

---

[1]) Staudinger, Vbm. II z. §§ 1204 ff.; Endemann, a. a. O. S. 894.

Erster Abschnitt:

Das Pfandrecht im geltenden Recht

§ 2.

1. Titel: Die Kenntlichkeit als Grundsatz des Pfandrechts

Der Besitz spielt im Fahrnisrecht eine ähnliche Rolle wie das Grundbuch im Liegenschaftsrechte. Man spricht von einer Publizitätsfunktion des Fahrnisbesitzes [2]). Ein Dritter darf sich allerdings nur innerhalb gewisser Schranken darauf verlassen, daß der Besitzer auch Berechtigter ist. In diesem Sinne führen die Motive zum BGB. [3]) aus: „Für den Verkehr mit beweglichen Sachen ist es von der größten Bedeutung, dem gutgläubigen Erwerber in der Regel Sicherheit seines Erwerbes zu gewährleisten. . . . Bei beweglichen Sachen bildet der Besitz des Veräußerers . . . die Grundlage des zu schützenden guten Glaubens". Es wäre daran zu denken, daß darüber hinaus im Rechte des BGB. — jedenfalls im Gebiete des Sachenrechts — der Grundsatz der Publizität allgemein durchgeführt ist. Diese Folgerung wird von manchen gezogen, die nicht anstehen zu behaupten, der Grundsatz der Kundbarkeit gelte weit über das Sachenrecht hinaus und erweise sich als ein beherrschendes Prinzip unseres ganzen bürgerlichen Rechts [4]). Die Vertreter dieser Ansicht greifen auf germanische formale Rechtsgedanken zurück, um daraus für das geltende bürgerliche Recht den allgemeinen Grundsatz aufzustellen, daß derjenige, welcher Veranlassung zur Entstehung einer Rechtswirkung gibt, die Folgen zu tragen hat (Veranlassungsprinzip) [5]). Wer danach einem andern seine Sachen anvertraut, bekleidet diesen mit dem Schein des Rechts. Er gibt die Veranlassung dazu, daß der Schein sich gegen ihn kehren kann, und muß deshalb mit möglichen Rechtsverlusten rechnen. Ein Blick in das BGB. läßt jedoch erkennen, daß von einem allgemeinen Prinzip dieser Art nicht die Rede sein kann; es besteht weder im Sachenrecht noch selbst grundsätzlich im Fahrnisrecht. Der Besitz ist ein unvollkommenes Mittel, ein Besitzrecht des Besitzenden kundzumachen [6]). Er

---

[2]) Wellspacher, Vertrauen auf äußere Tatbestände, S. 1.
[3]) Mot. Bd. 3 S. 344.
[4]) So besonders Meyer, Publizitätsprinzip.
[5]) Meyer, a. a. O. S. 88.
[6]) Wolff, Sachenrecht § 4 II 4, § 45 II [23].

bleibt es immer da, wo das Recht an den unersichtlichen mittelbaren Besitz Rechtswirkungen knüpft. Es gibt im BGB. kein Recht, das in starrem Formalismus den Schein eines Rechtes regelmäßig dessen Sein voranstellt. Fälle, die den Glauben an ein derartiges Prinzip vernichten sollten, lassen sich an Hand des BGB. zahllose bilden [7]). Immerhin spielt die Kenntlichkeit im Sachenrecht eine sehr große Rolle. Besonders hat das Gesetz unter Uebernahme deutschrechtlicher Gedanken die Entstehung eines Pfandrechts von der körperlichen Uebergabe abhängig gemacht. Die Motive zum BGB. [8]) heben ausdrücklich hervor, daß die Sicherheit des Verkehrs eine deutliche Erkennbarkeit bestehender Pfandrechte erfordere. Diesen Erwägungen kann man sich uneingeschränkt anschließen. Wenn sich hier Rechtsformen eingeschlichen haben, die den Erfordernissen der Kenntlichkeit nicht genügen, so gilt es, Wege zu finden, die eine Verpfändung von beweglichen Sachen unter Berücksichtigung sowohl aller Verkehrsbedürfnisse als auch des Grundsatzes der Kenntlichkeit des Pfandrechts ermöglichen.

2. Titel: Die Entwicklung des Pfandrechts

§ 3

A) Das Pfandrecht im römischen Recht

Bereits das alte römische Recht kannte Rechtsformen, die wirtschaftlich den Erfolg einer Pfandbestellung — also Sicherung einer Forderung durch Sachhaftung — hatten [9]). Dabei ging die Entwicklung vom Verfallpfand aus [10]), d. h. das gegebene Pfand verfiel dem Gläubiger im Falle des Verzuges des Schuldners zu Eigentum. Dabei brauchte der Verfall nicht besonders vereinbart zu werden, er lag im Wesen des Pfandrechts.

Einmal kannte das ius civile die fiducia [11]). Dabei übertrug der Schuldner in den Formen der mancipatio oder in iure cessio den Pfandgegenstand auf den Gläubiger zu Eigentum. Damit war die Nebenabrede verbunden — das pactum fiduciae, — wonach der Gläubiger den ihm übereigneten Pfandgegenstand nur

[7]) Enneccerus, Allg. Teil § 73 II 3 [7,8]
[8]) Mot. Bd. 3 S. 801.
[9]) Vergl. Sohm, Institutionen S. 340 ff.; Dernburg; Pandekten S. 481 ff.; Manigk in H. D. R. S. 455 ff. und in Pfandrechtl. Unters. I.
[10]) Manigk, Pfandrecht in H. d. R. S. 461; Sohm, Institutionen S. 342.
[11]) Vergl. dazu Sohm, Institutionen S. 341 f.; Dernburg, Pandekten S. 481 f.; Manigk, Pfandrecht in H. d. R. S. 462 f.

zu getreuen Händen erhielt. Er war bei Zahlung der Forderung verpflichtet, das Eigentum an den Schuldner zurückzuübertragen. Der Gläubiger war ferner als Eigentümer zum Besitze der Sache berechtigt, konnte sie jedoch auch dem Verpfänder auf Widerruf überlassen. Außer dem Eigentum hatte er noch ein mit der actio fiduciae contraria persönlich gegen den Schuldner auf Zahlung durchsetzbares Klagerecht.

Daneben bestand — schon zur Zeit der XII Tafeln [12]) — als Rechtsform im ius gentium das formfreie pignus [13]) (stammverwandt mit pango = befestigen). Der Gläubiger wurde nicht Eigentümer der Pfandsache, sondern erhielt nur den Besitz. Bei rechtzeitiger Zahlung der Schuld hatte der Schuldner das Recht, mit Hilfe der actio pignoraticia directa die Sache vom Gläubiger herauszuverlangen. Da der Schuldner Eigentümer blieb, hatte er ein gegen jedermann geltend zu machendes dingliches Rückforderungsrecht. Andererseits verfiel die zum Pfand gegebene Sache auch hier dem Gläubiger bei Verzug des Schuldners.

Der Vorzug der fiducia bestand also darin, daß quiritarisches Eigentum auf den Gläubiger übertragen wurde, während das pignus den Vorteil der formfreien Bestellung hatte [14]).

Im Laufe der Entwicklung vollzog sich — zunächst beim pignus — der Uebergang vom Verfallpfand zum Verkaufspfand. Die Vereinbarung, daß der Gläubiger bei Fälligkeit der Schuld die Sache verkaufen und den Erlös auf seine Forderung gegen den Schuldner anrechnen konnte — das pactum de vendendo — wurde immer häufiger, bis es in späterer Zeit als fester Bestandteil eines jeden Pfandvertrages anzusehen war. Zur Kaiserzeit war das beim pignus ausgebildete pactum de vendendo auch auf die fiducia übertragen [15]). Daneben fand sich noch meist die Verfallabrede (lex commissoria). Sie besagte, daß bei nicht rechtzeitiger Zahlung der Schuld durch den Schuldner das Pfand dem Gläubiger zu Eigentum verfiel. Der Schuldner also, der in der Hoffnung auf eine Besserung seiner Verhältnisse den Pfandgegenstand, der oft den Wert der Gläubigerforderung um ein Erhebliches überstieg, aus der Hand gab, konnte bei einer Verschlechterung der Wirtschaftslage erleben, daß der Gläubiger

---

[12]) Manigk, Pfandrecht in H. d. R. S. 461; a. A. Sohm, Institutionen S. 343, der annimmt, daß das pignus erst später sich entwickelt hat.

[13]) Dernburg, Pandekten S. 483; Manigk, Pfandrecht in H. d. R. S. 461 ff.; Sohm, Institutionen S. 343 f.

[14]) Manigk, Pfandrecht in H. d. R. S. 462.

[15]) Sohm, Institutionen S. 342.

die wertvolle Sache behielt, ohne für den ihm verbleibenden Ueberschuß Ersatz leisten zu müssen. Die lex commissoria wurde wegen dieses Bedenkens im Jahre 326 n. Chr. durch Gesetz Kaiser Konstantins [16]) als höchst gefährliche Nebenabrede verboten.

Die Kenntlichkeit der fiducia war nur solange gewahrt, als der Gläubiger den Besitz der Pfandsache hatte und Dritte von ihm unmittelbar als Eigentümer erwarben. Der Mangel der Kenntlichkeit trat dagegen zutage, wenn dem Schuldner der Besitz belassen wurde. Dritte Erwerber waren in diesem Falle nicht geschützt. Das pignus dagegen war ein dem heutigen Faustpfandrecht verwandtes Rechtsinstitut. Dem Erfordernis der Kenntlichkeit gegenüber gutgläubigen Dritten war dadurch genügt, daß der Gläubiger den Besitz der Pfandsache erhielt.

Die hypotheca [17]) des neueren römischen Rechts ist aus den älteren Pfandrechtsreformen hervorgegangen [18]). Bei der fiducia und dem pignus war die Rückübertragung des Besitzes zu locatio und precarium häufig, und zwar wurde es allmählich üblich, beide Traditionen in einem Rechtsgeschäft zu vereinen. Dieses trat unter dem Namen der hypotheca dann als selbständige Rechtsform in Erscheinung. Das Pfandrecht entstand durch formlosen Vertrag, ohne daß es also der Uebergabe der Pfandsache an den Gläubiger bedurfte. Es gab dem Gläubiger ein Verwertungsrecht, nämlich ein Recht zum Verkauf. Das setzte allerdings voraus, daß der Gläubiger sich im Wege der actio hypothecaria oder quasi Serviana den Besitz der Pfandsache verschaffte. Auch bei der hypotheca war die Verabredung einer Verfallklausel üblich, bis sie in späterer Zeit verboten wurde [19]). Als überaus bequemes Verkehrsmittel verdrängte die hypotheca die fiducia bald, vor allem außerhalb Italiens. Im justinianischen Rechtsbuch ist die fiducia ausgemerzt [20]). In der Formlosigkeit, im Mangel jeglicher Kenntlichkeit sowie darin, daß die hypotheca ohne Unterschied für Mobilien und Immobilien galt, lag ihr Fehler. Eine Zerrüttung des Kreditwesens war die Folge. Die Rechtssicherheit erlitt schwere Einbuße, da das Pfandrecht Dritten völlig unersichtlich war. Hinzu kam, daß die hypotheca sogar am ganzen Vermögen des Verpfänders

---

[16]) 1. 3. C. de pact. pign. 8, 34.
[17]) Vergl. dazu Dernburg, Pandekten S. 484 f.; Manigik, Pfandrecht in H. d. R. S. 463 f.; Sohm, Institutionen S. 349 ff.
[18]) Manigk, Pfandrecht in H. d. R. S. 463; Sohm, Institutionen S. 346.
[19]) S. Anm. 16.
[20]) Dernburg, Pandekten S. 484.

möglich war und diese Art der Bestellung im Laufe der Entwicklung immer häufiger wurde (Generalhypothek). Kein Gläubiger konnte übersehen, welche Pfandrechte bereits auf der verpfändeten Sache lasteten. Eine Fülle von gesetzlichen Pfandrechten und Pfandprivilegien zerstörte den letzten Rest von Sicherheit. Die Pfandrechtsordnung des römischen Rechts darf daher wegen ihrer Unersichlichkeit und Unberechenbarkeit als der wenigst gelungene Teil des römischen Privatrechts angesehen werden [21]).

§ 4

B) Das Pfandrecht im alten deutschen Recht [22])

In der älteren Terminologie des deutschen Rechts wird unter Pfand (ahd. pant, mhd. pfant) nur das genommene Pfand oder die Name (mhd. name) verstanden. Der Gläubiger konnte unter der Voraussetzung, daß der Schuldner oder der Dritte, dem die Pfandsache weggenommen wurde, persönlich haftete, dem Schuldner die Sache eigenmächtig wegnehmen. Allerdings galt dieser Satz nicht allgemein, sondern die Fälle, in denen der Gläubiger zur eigenmächtigen Wegnahme schreiten konnte, waren genau bestimmt. Beispielsweise stand die Pfandnahme grundsätzlich wegen jeder unleugbaren Schuld dem Gläubiger frei. Widerstand gegen derartige Pfändungen (Pfandwehr) und Wiederabnahme der Pfandsache (Pfandkehr) waren verboten. Die Pfandwegnahme gab dem Gläubiger das Recht, die Pfandsache bis zur Auslösung durch den Schuldner zurückzubehalten, dagegen regelmäßig nicht das Recht, sich aus der Pfandsache zu befriedigen. Der Schuldner sollte durch die Zurückbehaltung zur Auslösung veranlaßt werden. Der Gläubiger konnte aber die Sache in jeder Form preisgeben, wenn der Schuldner nicht innerhalb einer bestimmten Frist die Schuld tilgte. Im Laufe der Entwicklung wurde die eigenmächtige Pfandwegnahme immer mehr eingeschränkt, bis an ihre Stelle die gerichtliche Pfändung (strudis legitima) trat.

Neben der Pfandwegnahme kannte das alte deutsche Recht das gesetzte Pfand oder die Wette (ahd. weti, mhd. wette). Hier wurde dem Gläubiger für seine Forderung der Pfandgegenstand „versetzt", d. h. in Besitz gegeben und zugleich „verwettet", d. h. die Pfandsache sollte sein Eigentum werden wenn der

---

[21]) Sohm, Institutionen, S. 351.
[22]) v. Amira, Grundriß; Gierke, Deutsches Privatrecht 2 Bd.

Schuldner seine Schuld nicht gehörig erfüllen würde (sog. „ältere Satzung" — Grundsatz des Verfallpfandes). Mangels einer besonderen Vereinbarung konnte sich der Gläubiger wegen seiner Forderung nur an die Pfandsache halten; nur diese „haftete" für die Schuld (Grundsatz der reinen Sachhaftung). Im Laufe des Mittelalters trat allmählich an die Stelle des Verfallpfandes das Verkaufspfand; die Pfandsache konnte nur mehr vom Gläubiger oder vom Gericht zum Verkauf gestellt werden. Das Besitzpfand (Faustpfand) blieb im Fahrnisrecht während des ganzen Mittelalters die vorherrschende Verpfändungsform. Der unmittelbare Besitz (die leibliche gewere) erschien als das geeignete und erforderliche Mittel, den Verpfändungsakt offenkundig zu machen. Der Grundsatz der Kenntlichkeit beherrschte das deutsche Pfandrecht.

Neben das Besitzpfand trat im Laufe des Mittelalters die sogenannte „neuere Satzung". Der Verpfänder verblieb im Besitz der Pfandsache, während der Pfandgläubiger ein Zugriffsrecht erhielt. Im allgemeinen galt die neuere Satzung nur bei der Verpfändung von Liegenschaften und kann als Wurzel der heutigen Hypothek angesehen werden. Sie wurde auch vereinzelt, vor allem zunächst bei Schiffen, für bewegliche Sachen eingeführt [23]). Der Nachteil der mangelnden Kenntlichkeit gegenüber Dritten wurde dadurch gemildert, daß öffentliche Pfandbestellung vor Zeugen, Gericht oder Rat der Stadt, vielfach auch Eintragung in ein öffentliches Register eingeführt wurde.

§ 5

C) Das Pfandrecht von der Rezeption bis zur Einführung des BGB.

Die Rezeption verdrängte zunächst die deutschrechtlichen Gedankengänge des Pfandrechts. So wurde der Grundsatz der Publizität durch Besitz bezw. Bucheintragung beseitigt, und der Grundsatz der Spezialität und der unterschiedlichen Behandlung von Fahrnis- und Liegenschaftspfand fiel den eindringenden römischen Rechtsgedanken zum Opfer. Die hypotheca mit ihren Begleiterscheinungen, den Generalhypotheken, gesetzlichen Pfandrechten und Pfandprivilegien bürgerte sich ein und wurde zur Gefahr für den Realkredit. Die deutschen Pfandrechtsformen hielten sich nur in einigen partikularen Rechten.

[23]) Meyer, a. a. O. S. 37 ff.

Bald erkannte man die Unzuträglichkeiten der römischen Pfandrechtsordnung; die partikularen Gesetzgebungen nahmen die ersten Umgestaltungen vor. Die Verpfändung von Mobilien wurde an die tatsächliche Uebertragung des Besitzes geknüpft; das Faustpfand gelangte damit wieder zur Herrschaft. Diese Entwicklung setzte am Anfang des 18. Jahrhunderts ein. Einer der ersten Ansätze der Umbildung im Sinne deutschen Rechtes — zunächst durch verschiedenartige Behandlung des Pfandrechts an Mobilien und Immobilien — findet sich im preußischen Edikt vom 28. 9. 1693 für die Residenzstädte Berlin und Cöln. Die Entwicklung setzte sich im Sinne der Einführung eines Faustpfandes in der folgenden Zeit fort, so daß vor der Einführung der Reichs-Konkursordnung die römische hypotheca an Mobilien auf ein Gebiet von 500 Quadratmeilen mit etwa 2 Millionen Einwohnern beschränkt war [24]). An Gesetzen, die in der Zwischenzeit die Mobiliarhypothek verboten hatten, seien genannt: A. L. R. § 105 I 20; Code civile Art. 2072; Württ. Pfandges. v. 15. 4. 1825 Art. 245 ff.; Sächs. BGB. §§ 466, 467, 486. Seit Erlaß des Einführungsgesetzes zur RKO. vom 10. 2. 1878 gilt im Reich für den Konkurs, „daß Faustpfandrechte im Sinne § 40 KO. an beweglichen körperlichen Sachen nur bestehen, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Sache erlangt und behalten hat" (§ 14 E. G. z. KO.) [25]). Damit war die römische Mobiliarhypothek für Deutschland praktisch beseitigt und der Grundsatz von der Kenntlichkeit des Pfandrechts anerkannt.

3. Titel: Das Pfandrecht des BGB.

§ 6

A) Die Kenntlichkeit durch Uebergabe

Die Gesetzgebung des BGB. bringt diese Entwicklung zum Abschluß. Für das Gebiet des Deutschen Reiches wird allgemein und ausschließlich das Faustpfandprinzip für bewegliche Sachen eingeführt. Dieses bedeutet für die meisten Gebietsteile allerdings keine Neuerung mehr.

Nach § 1205 Abs. 1 Satz 1 BGB. ist zur Entstehung des Pfandrechts an beweglichen Sachen neben der dinglichen Einigung die Uebergabe der Pfandsache erforderlich. Das Fahrnispfand ist also grundsätzlich Besitzpfand; Mittel der Erkennbar-

[24]) Mot. z. RKO. S. 196.
[25]) Ausgedehnt durch das Preußische Ausf. Ges. zur KO.

keit ist der Besitz des Pfandgläubigers. Das Gesetz fordert weiter eine Uebergabe. Uebergabe heißt hier, wie auch sonst im Sprachgebrauch des BGB., Verschaffung des unmittelbaren Besitzes [26]). Der Bestand des Pfandrechts ist davon abhängig, daß der Pfandgegenstand nicht in der Machtsphäre des Schuldners verbleibt. Dem Gläubiger muß der Besitz der Pfandsache eingeräumt werden. Dadurch wird „nämlich die Herstellung eines äußeren, das Bestehen des Pfandrechts erkennbar machenden Zustandes bezweckt" [27]). Noch wesentlicher ist es, daß außerdem dem Verpfänder die Verfügungsmacht entzogen wird. Es wird damit bezweckt, daß der Verpfänder über die verpfändete Sache keine unberechtigten Verfügungen vornimmt, so z. B. sie weiter übereignet oder verpfändet. Diese Regelung ist umso notwendiger, als gegen solche Verfügungen ein ausreichender strafrechtlicher Schutz fehlt. Eine symbolische Besitzübertragung, wie sie noch das A. L. R. kannte [28]), gibt es im BGB. nicht. Es ist immer entsprechend dem Besitzbegriff des BGB. die Herstellung eines tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses erforderlich, das sich als solches äußerlich kennzeichnen muß. Für jeden Dritten muß das Verhältnis des Pfandnehmers zur Pfandsache als Besitzverhältnis des Pfandgläubigers erkennbar sein. Die Absicht allein, Besitz zu verschaffen [28a]), genügt nicht, ebenso kommt es nicht auf das Recht zur Verfügung und zum Besitze an [29]): Entscheidend ist lediglich der tatsächliche Zustand [30]).

Die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes erfolgt grundsätzlich durch körperliche Uebergabe. Sie ist mit der Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch den Pfandgläubiger vollzogen. Damit ist ein jedermann erkennbares Verhältnis geschaffen und dem Erfordernis der Kenntlichkeit genügt. Körperliche Uebergabe ist dann nicht nötig, wenn der Pfandgläubiger ohne weiteres in der Lage ist, die Sachgewalt auszuüben. In diesen Fällen genügt gem. § 854 Abs. 2 BGB. die schlichte Einigung zwischen dem Verpfänder und Pfandgläubiger über den Besitzübergang.

---

[26]) Leonhard, Lehrbuch S. 132; Wolff, Sachenrecht § 163 I 1.

[27]) Prot. Bd. 3 S. 443.

[28]) § 271 I 20 A. L. R. gestattete symbolische Verpfändung, so daß statt der Uebergabe des körperlichen Besitzes Zeichen und Maßregeln genügten, welche die Verpfändung Dritten erkennbar machten.

[28a]) Vergl. RGE 37, 35.

[29]) RGE. 66, 265.

[30]) Ueber den Besitzbegriff vergl. Leonhard, Lehrbuch S. 114 f.: „Besitz ist eine Tatsache, kein Recht". — A. A. Enneccerus, Allg. Teil § 73 I: „Besitz ist nicht nur Tatsache, sondern zugleich ein Recht".

Zweifellos hat mit dieser „Vergeistigung des Besitzbegriffs“ [31]) auch die ursprüngliche Idee des Faustpfandrechts verloren. Verschleierungen des wahren Besitzstandes sind hierdurch bereits zu befürchten. In Fällen, wo die Parteien die Verpfändung durch Einigung über den Besitzübergang durchführen, ohne in Wahrheit eine Aenderung des Besitzstandes eintreten zu lassen, ist das Zustandekommen eines gültigen Pfandrechts zu verneinen [32]). „Pfandbestellungen dieser Art, die so wenig äußerlich hervortreten, können als rechtsgültig nicht anerkannt werden und einen Rechtsschutz nicht verlangen“ [33]).

An dem Erfordernis der körperlichen Uebergabe wird im Gesetz nicht unter allen Umständen festgehalten, da sie oft zu schwerfällig ist. Sie kann ähnlich wie bei der Uebertragung des Eigentums an beweglichen Sachen nach §§ 929 ff. BGB. durch gewisse Uebergabesurrogate ersetzt werden. Die Regelung ist nach dem Grundsatz, daß die Kenntlichkeit des Pfandrechts gewahrt bleiben muß, erfolgt. Statt der Uebergabe genügt gemäß § 1205 Abs. 1 S. 2 BGB. die schlichte Einigung, wenn der Pfandgläubiger bereits im mittelbaren oder unmittelbaren Besitz der Pfandsache ist (brevi manu traditio). Dieses ist keine Ausnahme vom Kenntlichkeitsgrundsatz. Zwar wird die Verschiebung des Besitzstandes unmittelbar Dritten nicht ersichtlich. Dem Bedürfnis der Offenkundigkeit ist jedoch vollauf Genüge getan, da dem Verpfänder die tatsächliche Verfügungsmacht entzogen und so eine Täuschung Dritter über seinen Vermögensstand nicht zu befürchten ist. Die Regelung entspricht der der Eigentumsübertragung nach § 929 S. 2 BGB.

Die Verpfändung durch Anspruchsabtretung nach § 1205 Abs. 2 BGB. unterscheidet sich dagegen aus guten Gründen von der Eigentumsübertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 931 BGB.). Einmal ist die Verpfändung nur möglich, wenn der Verpfänder mittelbarer Besitzer der Pfandsache ist. Hat er einen vindikatorischen Herausgabeanspruch gegen einen Dritten, so ist eine Verpfändung auf diesem Wege nicht zulässig. Es fehlt nämlich die Herausgabepflicht an den Verpfänder. Der dritte Besitzer würde, soweit er redlich ist, durch Herausgabe der Sache an einen andern dem Eigentümer und dem Pfandgläubiger gegenüber frei werden [34]). Es bedarf ferner

[31]) Cosack-Mitteis, Sachenrecht S. 346.
[32]) So die Rechtspr.: RGE. 66, 262; 69, 424; 74, 147; 77, 208.
[33]) RGE. 77, 208.
[34]) Staudinger, N. 2 b d z. § 1205.

entgegen § 931 BGB. der Anzeige von der Verpfändung an den dritten Besitzer. Auch in diesem Falle kommt es um der Erkennbarkeit des Pfandrechts willen darauf an, daß einmal der Pfandberechtigte die Pfandsache im Besitz hat und zum andern dem Verpfänder die Verfügungsmacht entzogen ist [35]).

Die Uebergabe kann ferner — anders wie bei der Eigentumsübertragung — dadurch ersetzt werden, daß dem Pfandgläubiger und Verpfänder ein qualifizierter Mitbesitz eingeräumt wird. Die Regelung erfolgte mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Verkehrs. Es wurde bereits bei der Beratung des BGB. darauf hingewiesen, daß es „unabwendbares Erfordernis des Verkehrs" [36]) sei, auf diese Weise die Verpfändung von Warenlagern zu ermöglichen. Um aber der Erkennbarkeit des Pfandrechts zu genügen, ist die Einräumung eines Mitbesitzes in den Formen des § 1206 BGB. nur zu gestatten, wenn der Eigentümer tatsächlich gehindert ist, ohne Zuziehung des Gläubigers zur Sache zu gelangen und über sie zu verfügen [37]). § 1206 BGB. muß streng ausgelegt werden [38]).

Zunächst gestattet § 1206 BGB. die Einräumung eines unmittelbaren Mitbesitzes in den Formen des Mitverschlusses. Darunter ist der Verschluß gemeint, den der Verpfänder ordnungsgemäß nur unter gleichzeitiger Mitwirkung des Pfandgläubigers öffnen kann [39]). Der letztere muß stets die tatsächliche Möglichkeit haben, die Gewalt über die Sache auszuüben. Unter dieser Voraussetzung kann die Pfandsache sogar in den Räumen des Verpfänders verbleiben. Die Bestellung eines Pfandrechts nach § 1206 BGB. eignet sich also an sich in der Tat zur Verpfändung von Warenlagern. Auch der Mitverschluß hat aber die Aufgabe, die Pfandbestellung nach außen erkennbar zu machen. Das Erfordernis des Mitverschlusses wird sich bei einem in ständigem Umsatz befindlichen Warenvorrat kaum durchführen lassen. Mitverschluß des Gläubigers ist vielmehr nur da möglich, wo ein wenigstens bis zu einem gewissen Grade unveränderliches Warenlager vorhanden ist [40]). Um der Verpfändung praktische Bedeutung zu verschaffen, muß der Gläubiger dem Verpfänder die Möglichkeit geben, günstige

[35]) Endemann, a. a. O. S. 909.
[36]) Mugdan, Materialien Bd. 3 S. 902.
[37]) Planck, N. 1 z. § 1206; KG. in OLGE. 12, 136.
[38]) Endemann, a. a. O. S. 909.
[39]) RGE. 37,35; 53, 221; „Recht" 1904, Nr. 603; 1907, Nr. 467; Seuff. A. 62, Nr. 57.
[40]) Vergl. OLG. Karlsruhe in OLGE. 12, 138.

Ein- und Verkaufsmöglichkeiten auszunutzen. Andererseits hat er das Recht, den Verpfänder dabei zu kontrollieren. Wie weit das Kontrollrecht geht, kann im einzelnen nicht scharf abgegrenzt werden. Die Lässigkeit in der Kontrolle darf aber nicht so weit gehen, daß der Mitverschluß leere Form oder äußerer Schein ist [41]). Der Grundsatz, daß dem Verpfänder die alleinige Verfügungsmacht zu entziehen ist, darf nie aus den Augen verloren werden.

Weiter ermöglicht § 1206 BGB. die Verpfändung durch Einräumung eines mittelbaren Mitbesitzes, indem ein Dritter zum „Pfandhalter" [42]) für Gläubiger und Verpfänder gemacht wird. Der Pfandhalter als unmittelbarer Besitzer übernimmt kraft Vereinbarung die Verpflichtung gegenüber dem Verpfänder und Pfandgläubiger, die Pfandsache auf Grund eines nach § 868 BGB. vermittelnden Rechtsverhältnisses nur an beide mittelbaren Besitzer gemeinschaftlich herauszugeben [43]) [44]). Der Grundsatz der Kenntlichkeit ist hier im vollen Umfange aufrecht erhalten.

Dagegen läßt das Gesetz die Verpfändung mittels Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Pfandgläubiger mittelbarer Besitzer wird, der Verpfänder aber unmittelbarer Besitzer bleibt, nicht zu (anders § 930 BGB.). Im Interesse der Erkennbarkeit und in folgerichtiger Durchführung des Faustpfandprinzips ist diese Regelung unerläßlich. Sie entspricht dem bereits vor 1900 herrschenden Rechtszustand (§ 14 E. G. z. RKO.) [45]) und der Rechtspraxis dieser Zeit [46]). Sie ist erforderlich, weil das Besitzkonstitut keine genügend deutliche Besitzverschiebung mit sich bringt. Einer Auslegung des Gesetzes, daß der Pfandgläubiger sich die Pfandsache übergeben läßt, um das Pfandrecht zur Entstehung zu bringen, und sie dann sogleich dem Verpfänder zurückgibt, beugt § 1253 BGB. vor. Das Pfandrecht erlischt danach kraft zwingender Gesetzesvorschrift mit Rückgabe der Sache an den Verpfänder [47]).

Die Uebergabe der Pfandsache kann an bevollmächtigte Vertreter des Pfandgläubigers stattfinden. Es ist aber zu be-

---

[41]) Planck, N. 4 z. § 1206; RG. in Seuff. A. 62, Nr. 57.

[42]) Vergl. RGE. 87, 41 f.

[43]) Planck, N. 16 z. § 1206; RGR. Komm. N. 2 z. § 1206; RGE. 66, 261; OLGE. 34, 218.

[44]) Beispiele bei Wolff, Sachenrecht § 163 I 1c α—γ.

[45]) S. oben § 5 S. 11.

[46]) RGE. 37, 34; Bayr. OLGZ. 1, 182 ff.; 2, 473.

[47]) Hedemann, Sachenrecht. S. 201; Leonhard, Lehrbuch S. 156; Wolff, Sachenrecht § 163 I 1d; Planck, N. 1b z. § 1205.

achten, daß der Verpfänder von einer Stellvertretung bei der Pfandübergabe auszuschließen ist, selbst wenn an sich ein Selbstkontrahieren im Rahmen des § 181 BGB. möglich wäre. Ebenso kann der Eigentümer der Pfandsache bei der Pfandbestellung als Besitzvermittler nicht zugelassen werden. Das ergibt sich ohne weiteres daraus, daß die in § 930 BGB. vorgesehene Ersatzübergabe (constitutum possessorium) bei der Pfandbestellung nicht möglich ist.

Dagegen kann die Uebergabe an Personen erfolgen, die in einem dem § 855 BGB. entsprechenden Verhältnis zum Pfandgläubiger stehen, d. h. an Besitzdiener [48]). Es bestehen auch keine Bedenken, die Uebergabe an einen Angestellten des Verpfänders, als Besitzdiener des Pfandgläubigers, erfolgen zu lassen [49]). Allerdings müssen in jedem Falle Einrichtungen getroffen werden, die nach außen hin erkennbar machen, daß eine Aenderung des Besitzstandes dahingehend stattgefunden hat, daß der Pfandgläubiger tatsächlich die Sachherrschaft erlangt hat. Die Erkennbarkeit wird in der Hauptsache durch Erkennbarkeit des sozialen Abhängigkeitsverhältnisses, in dem sich der Besitzdiener zum Besitzherrn befindet, vermittelt. Das Herrschaftsverhältnis muß dabei immer in irgendeiner Weise sichtbar kundgemacht werden [50]).

Auch der Mitbesitz kann durch Dritte ausgeübt werden, und zwar für den Verpfänder ebenso wie für den Pfandgläubiger. Ist der Dritte Vertreter, so wird er unmittelbarer Besitzer und sein Auftraggeber mittelbarer Besitzer. Ebenfalls ist es möglich, den Mitbesitz durch einen Besitzdiener unter denselben Gesichtspunkten wie bei der Uebertragung des Alleinbesitzes ausüben zu lassen. Ist der Besitzdiener Angestellter des Verpfänders, so kann er die für ihn begründete Pflicht nicht ohne weiteres erfüllen, wenn er nicht zugleich von der Verpflichtung seinem Dienstherrn gegenüber befreit wird.

§ 7

B) Vorzüge und Nachteile des Pfandrechts nach dem BGB.

Die Unerkennbarkeit des römischen Vertragspfandes hat dessen Unbrauchbarkeit und Verkehrsschädlichkeit erwiesen und hat dazu geführt, daß sich die neuere Rechtsentwicklung

[48]) Der Ausdruck ist zuerst geprägt von Bekker in Dogm. J. 30, 255 ff.
[49]) So die Praxis: RGE. 77, 207; 67, 422; OLG. Karlsruhe in OLGE. 12, 138.
[50]) Vergl. Warn. Rspr. 1910 Nr. 404.

zum Faustpfande des deutschen Rechts bekannt hat. Bereits in den Motiven zur RKO.[51]) heißt es: „Sollen die Gläubiger in der Beurteilung der Vermögenslage nicht ungebührlich getäuscht und der Kredit überhaupt nicht empfindlich verletzt werden, so muß jedermann in der Lage gewesen sein, diese rechtliche Absonderung des Gegenstandes tatsächlich zu erkennen". Diesem Gedankengange ist das BGB. in der Erkenntnis treu geblieben, daß der Publizitätsgedanke des deutschen Rechts erhaben über die Starrheit des römischen Dinglichkeitsbegriffes ist. Ein Recht, das allen gegenüber wirksam ist, muß auch allen erkennbar sein[52]). Wer von der Rechtsordnung gezwungen wird, bestehende Rechte anderer zu beachten, dem muß die Rechtsordnung die Möglichkeit geben, solche Rechte zu erkennen. In Verfolgung dessen machte die Gesetzgebung des BGB. die Verpfändung einer beweglichen Sache von der Uebertragung des unmittelbaren Besitzes abhängig. Dabei liegt der Wert der Regelung weniger darin, daß Dritte vom Pfande wissen, als darin, daß verhütet wird, daß Außenstehende die Fahrnis des Schuldners für pfandfrei halten. Das Gesetz will verhindern, daß derjenige, der Kredite aufnimmt, seinen Vermögensstand verschleiert, damit nicht der, der im Vertrauen auf die äußerlich erkennbare Vermögenslage Kredite gibt, bei einer Zwangsvollstreckung wegen vorgehender Pfandrechte leer ausgeht. Die Einführung einer allgemeinen Mitteilungspflicht für den Schuldner, seine Vermögenslage dem Gläubiger zu offenbaren, würde das Gebot der Redlichkeit überspannen[53]). Dahingehende Vorschriften würden auch dem Gläubiger bei einem böswilligen Schuldner oft nicht zur Befriedigung verhelfen. Dadurch aber, daß dem Verpfänder der unmittelbare Besitz entzogen wird und die Sache in den Besitzstand des Pfandgläubigers überführt wird, wird dem Erfordernis der Kenntlichkeit am besten genügt. Dritte können nicht getäuscht werden, denn sie dürfen nicht annehmen, daß Sachen, die sich nicht im unmittelbaren Besitz des Schuldners befinden, frei von dinglichen Rechten sind. Der Gläubiger ist bei dieser Regelung in vorzüglicher Weise gesichert, „denn nichts vermag den Gläubiger mehr zu sichern als ein Pfand, das er besitzt. Einmal hat er, sofern er nicht befriedigt wird, das Pfandobjekt zwecks Verwertung gleich zur Hand. Andererseits schützt ihn der Besitz des Pfandes vor unberechtigten Verfügungen des Schuldners,

[51]) Mot. z. RKO. S. 185.
[52]) RGE. 77, 208.
[53]) Vergl. Salinger, i. Verh. 31. D. J. T. Bd. 3 S. 411.

was umso mehr von Wert ist, als es an strafrechtlichem Schutze hiergegen grundsätzlich gebricht“ [54]).

Dem Pfandrecht kommt zweifellos die bedeutende volkswirtschaftliche und soziale Aufgabe zu, für den Geldverkehr die notwendige Kreditsicherung zu schaffen. Man muß von der rechtlichen Ausgestaltung eines derartig hervorragenden Instituts verlangen, daß es mit gerechtem Maß und mit Billigkeit die Interessen des Gläubigers und Schuldners ausgleicht. Das ist aber nach der gesetzlichen Regelung des BGB. nicht der Fall. Da das Erfordernis der Besitzentäußerung für den Schuldner streng und ausnahmslos durchgeführt ist, hat dieser keine Möglichkeit, seine Fahrnis, soweit er ihren Besitz benötigt, zu verpfänden. So können Kaufleute ihre Warenlager, Handwerker ihr Arbeitsgerät sowie Fabrikanten ihre Maschinen nicht verpfänden, denn sie brauchen die Gegenstände zur Fortführung des Betriebes. Dabei darf nicht übersehen werden, daß bei diesen Leuten die bewegliche Habe meist das einzige Kreditbeschaffungsmittel ist. Es darf ferner nicht vergessen werden, daß oft dem Gläubiger die Uebernahme derartiger Pfandsachen, z. B. eines Warenlagers, lästig und meist unmöglich ist. Der Nutzen der Verpfändung geht damit weiten Kreisen verloren. Als abwegig, zum mindesten durch die Zeitereignisse überholt, darf die vereinzelt vertretene Ansicht gelten, daß Fahrnis ein Kreditmittel nur sein könne, solange der Schuldner sie entbehren und aus der Hand geben könne [55]).

Zwar wurde bei der Bearbeitung des BGB. [56]) darauf hingewiesen, daß die Form des § 1206 BGB. es dem Schuldner ermöglichen sollte, Sachen, deren Besitz er nicht entbehren könne, insbesondere sein Warenlager zu verpfänden. Wenn behauptet wird, die Verpfändung unter Mitverschluß spiele im Handelsverkehr eine wichtige Rolle [57]), so sei demgegenüber geltend gemacht, daß die Form einer Verpfändung nach § 1206 BGB. viel zu umständlich ist, um sich im beweglichen und schnellen Geschäftsverkehr durchzusetzen. In der Praxis hat sich die Regelung des § 1206 BGB. im Gegenteil nicht bewährt [58]).

---

[54]) Salinger, i. Verh. 31. D. J. T. Bd. 3 S. 413.

[55]) Hoeniger, Sicherungsübereignung S. 49 f.: es sei ökonomisch verfehlt, Sachen, die dem unmittelbaren Gebrauch dienten und deren man nicht ermangeln könne, zu Kreditzwecken benutzen zu wollen. Cosack-Mitteis, a. a. O. S. 349: wer nur solche Gegenstände besitze, sei kreditunwürdig.

[56]) Mugdan, Materialien Bd. 3 S. 902 ff.

[57]) So Planck, N. 4 z. § 1206.

[58]) Litten i. Verh. 31. D. J. T. Bd. 3 S. 197.

Sie behindert den Verpfänder auf der einen Seite und belastet den Pfandgläubiger damit, bei jeder Handlung des Verpfänders zugegen zu sein. Die Möglichkeit, daß als Besitzdiener ein Angestellter des Verpfänders den Mitbesitz ausüben kann, bringt kaum Erleichterung, da die Kontrolle zumindest vom Pfandgläubiger streng einzuhalten ist. Da in diesem Falle auch die Beziehungen des Pfandhalters zu seinem Geschäftsherrn meist nicht klar hervortreten, wird sich eine gültige Verpfändung nur selten durchführen lassen [59]).

Die aufgedeckten Schwächen der gesetzlichen Regelung des Pfandrechts an beweglichen Sachen äußerten sich bald nach Einführung des BGB. in aller Schärfe. Das Faustpfandrecht soll jedoch deshalb nicht verworfen werden. Nur seine Unzulänglichkeit steht fest, besonders unter Berücksichtigung der Tatsache, daß unter den gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnissen ein reiner Personalkredit kaum noch erhältlich ist. Der Rechts- und Geschäftsverkehr, der die Mängel des Faustpfandrechts empfindlich verspürte, zögerte nicht, griff ein und schuf ein neues Sicherungsmittel:

die Sicherungsübereignung.

---

[59]) So Litten i. Verh. 31. D. J. T. Bd. 3 S. 194 f.

Zweiter Abschnitt:

Die Sicherheitsübereignung

1. Titel: Der Begriff der Sicherheitsübereignung

§ 8

A) Die Sicherungsübereignung im weiteren Sinne

Sicherungsübereignung[60]) ist die Uebereignung eines Gegenstands zum Zwecke der Sicherung einer Forderung. Soweit die Uebereignung in den Formen des § 929 BGB. vorgenommen wird, bietet sie keine Besonderheiten. Das ist auch nicht die Sicherungsübereignung im landläufigen und eigentlichen Sinne. Die Uebertragung des Eigentums kann bekanntlich unter Belassung des Besitzes beim Veräußerer vor sich gehen (§ 930 BGB.), und diesen Ausweg hat der Verkehr benutzt, um dem Schuldner, der den Besitz seiner kreditwürdigen beweglichen Habe nicht entbehren kann, eine Möglichkeit zu geben, sich den nötigen Kredit ohne Besitzaufgabe zu beschaffen. Das Wesen der eigentlichen Sicherungsübereignung besteht also darin, daß der Gläubiger sich Sachen des Schuldners zur Sicherung seiner Forderung übereignen läßt, wobei die Uebergabe dadurch ersetzt wird, daß zwischen ihm und dem Schuldner ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Gläubiger den mittelbaren Besitz erlangt (§§ 930, 868 BGB.). Der Schuldner bleibt gegenüber der Verpfändung im Besitz der Sache und kann je nach der Art des vereinbarten Rechtsverhältnisses die Sache benutzen, unter Umständen darüber verfügen und sie weiter veräußern.

§ 9

B) Der Sicherungskauf

In manchen älteren Rechten wurde der abstrakten dinglichen Einigung über den Eigentumsübergang ein konkretes Kausalverhältnis zugrunde gelegt. Diese Rechte kannten den abstrakten dinglichen Vertrag nicht. Voraussetzung des Erwerbes eines dinglichen Rechtes war stets, daß ein rechts-

---

[60]) Der Ausdruck ist geprägt von Linckelmann in Arch. bgl. Recht Bd. 7 S. 209 ff.

beständiges Kausalverhältnis, ein „Titel“ [61]) zugrunde lag. Als ein solcher Titel erschien vor allem der Kauf, der regelmäßig mit der Eigentumsübertragung zur Sicherung zusammen abgeschlossen wurde. Man spricht daher von einem Sicherungskauf als dem Ausgangspunkt der Sicherungsübereignung.

Der Schuldner verkauft dabei die Sache, die zur Sicherung der Forderung des Gläubigers dienen soll, an den Gläubiger, und zwar für einen Betrag, der der Höhe der Forderung entspricht. Der Gläubiger nimmt die Sache nicht ab, sondern beläßt den Besitz dem Schuldner. Der baren Bezahlung des Kaufpreises entgeht der Gläubiger dadurch, daß er mit seiner Forderung gegen die Kaufpreisforderung aufrechnet. Daneben findet sich im Kaufvertrag die Abrede, daß der Schuldner berechtigt, meist verpflichtet ist, die dem Gläubiger übereignete Kaufsache jederzeit oder bis zu einem gewissen Zeitpunkt zu dem früheren Kaufpreis zurückzukaufen.

Im allgemeinen bezweckt der Abschluß eines Kaufvertrages Umsatz der Sache gegen Geld. Demgegenüber will beim Sicherungskauf der Schuldner sich nicht verpflichten, die verkaufte Sache zu übergeben, und der Gläubiger will — wenigstens zur Zeit des Kaufabschlusses — die Sache weder abnehmen noch den Kaufpreis entrichten. Das Rechtsgeschäft soll nur die Sicherstellung des Gläubigers herbeiführen. Es ist jedoch damit noch kein Scheingeschäft [62]). Es kann keinen Bedenken unterliegen, einen Kauf mit reinem Sicherungscharakter für gültig zu halten [63]). Auch die Tatsache, daß die verkauften Sachen im Besitze des Verkäufers bleiben, schließt die Annahme eines ernstlich gewollten Kaufvertrages nicht aus. Auffälliger und bedenklicher ist es, daß der Sicherungskauf regelmäßig eine Kompensation der Forderung des Gläubigers und der Kaufpreisforderung mit sich bringt. Zwar kann dieselbe vertraglich ausgeschlossen werden. Das würde aber Feststellungen zwischen den Parteien zur Voraussetzung haben, in welcher Weise später die Kaufpreisforderung zu tilgen ist. In diesen Fällen liegt ein eigentlicher Sicherungskauf nicht mehr vor. Vielmehr ist davon auszugehen, daß eine Aufrechnung erfolgt und dadurch die For-

[61]) Vergl. § 2 I 9 A. L. R.: danach ist für den Erwerb von Eigentum ein gesetzlicher Grund notwendig, „vermöge dessen die äußeren Handlungen die Kraft haben, daß dadurch Eigentum erworben werden kann“.

[62]) Vergl. die frühere Rechtsprechung: RGE. 13, 298; 26, 180; 43, 393 und später 62, 126.

[63]) Ueber die Abgrenzung des Scheingeschäfts vom fiduziarischen Geschäft, vergl. § 11, S. 27 f.

derung des Gläubigers getilgt wird. Es darf als überaus zweifelhaft gelten, ob das die wahre Absicht der Vertragsparteien ist. Im allgemeinen geht bei Sicherungsgeschäften die Absicht des Gläubigers auf Bezahlung seiner Forderung, die des Schuldners dahin, die Sicherungssache nicht zu verlieren, sondern nach Tilgung der Schuld zurückzuerhalten. Diese grundsätzlich vorauszusetzenden Parteiabsichten werden beim Kompensationskauf nicht erreicht. Die Forderung des Gläubigers wird durch die Aufrechnung getilgt. Der Schuldner behält das Recht oder die Pflicht, die Kaufsache zurückzuerwerben. Kommt es nicht dazu, so bleibt der Gläubiger Eigentümer. Da er keine Forderung mehr hat, ist er auf die Kaufsache allein zu seiner Befriedigung angewiesen. Ein derartiges Ergebnis werden die Parteien oft nicht ernstlich wollen und sich daher dem Einwand des Scheingeschäfts aussetzen. Immerhin besteht die gegenteilige Möglichkeit. Ob die einzelnen Erfordernisse des Kaufes vorliegen, ist von Fall zu Fall genau zu prüfen. Wird ein ernstlicher Wille der Parteien festgestellt, so ist auch der Sicherungskauf für gültig zu halten [64]).

Der Sicherungskauf ist immer unnatürlich geblieben, da der Verdacht des Scheingeschäfts in allen Fällen naheliegt. Er hat heute seine praktische Bedeutung so gut wie völlig verloren und spielt nur noch im Baugewerbe eine bescheidene Rolle [65]).

§ 10

C) Die abstrakte Sicherungsübereignung

Das neuere Recht und mit ihm das BGB. bringt die scharfe Scheidung des dinglichen Vertrages vom obligatorischen Kausalgeschäft. Danach ist es jetzt nicht mehr notwendig, daß der Eigentumsübertragung ein Kauf oder ein ähnliches Rechtsverhältnis zugrunde liegt. Es kann vielmehr eine abstrakte Sicherungsübereignung beabsichtigt werden. Der Gläubiger erwirbt in solchen Fällen Eigentum mit dem ausschließlichen Zwecke, sich zu sichern. Die Praxis geht der unnötigen Verschleierung der Parteiabsichten beim Sicherungskauf damit aus dem Wege.

---

[64]) Beispiele für Scheingeschäft: RG. i. JW. 1896, 82 Nr. 71 u. i. JW. 1902 Beil. S. 259.
Gültigkeit des Sicherungskaufs bejaht: RGE. 13, 298; 26, 180; 43, 393; 62, 126. RG. VII v. 10. 4. 06 i. LZ. Bd. 2 (1908) S. 101 (Düringer) zweifelt an der Ernstlichkeit der Aufrechnungserklärung, hält die Veräußerung dennoch für gültig. Vergl. dazu Litten i. Verh. 31. D. J. T. Bd. 3 S. 199: „eine juristisch phantastische Deduktion".

[65]) Schauer-Rost, Kreditsicherung S. 11

Die reine abstrakte Sicherungsübereignung — „im Punkte juristischer Dogmatik ein Fortschritt" [66]) — löst nach ihrer Anerkennung in der Rechtsprechung [67]) den Sicherungskauf ab.

Da das Gesetz eine besondere Regelung der Eigentumsübertragung zu Sicherungszwecken nicht kennt, finden die allgemeinen Vorschriften Anwendung. Der Sicherungsnehmer erhält — wenigstens nach außen hin — volles Eigentum mit allen seinen Folgen übertragen. Er kann über die übereigneten Sachen mit Wirksamkeit gegen den Schuldner verfügen; ein vertragliches Veräußerungsverbot würde keine dingliche Wirkung haben können (§ 137 BGB.). Dritte Erwerber können ohne Rechtsnachteil von dem bloßen Sicherungscharakter des Eigentums des Veräußerers Kenntnis haben. Freilich wird der Sicherungsnehmer meist im Innenverhältnis durch vertragliche Vereinbarungen in der Verfügung über die übereignete Sache beschränkt sein. Es kann sich dabei aber lediglich um die Uebernahme schuldrechtlicher Verpflichtungen handeln. Die Gefahr der unberechtigten Verfügung durch den Gläubiger wird dadurch gemindert, daß im allgemeinen der Schuldner im Besitz der übereigneten Sachen ist.

Der Sicherungszweck ist erfüllt, wenn die Forderung des Gläubigers getilgt ist. Eine schuldrechtliche Abrede dahingehend, daß das Eigentum nicht endgültig übertragen werden soll, sondern nur für die Dauer des Bestehens einer Forderung des Erwerbers gegen den Veräußerer, ist daher immer üblich und vorauszusetzen. Dabei kann einmal vereinbart werden, daß die Eigentumsübertragung unter der auflösenden Bedingung der vollständigen Tilgung der Forderung erfolgt [68]). Der Uebereignungsvertrag kann andererseits die Abrede enthalten, daß der Sicherungsnehmer nach Erlöschen seiner Forderung obligatorisch verpflichtet sein soll, das Eigentum auf den Sicherungsgeber zurückzuübertragen [69]). Eine Konstruktion, daß etwa in analoger Anwendung des § 1252 BGB. das Eigentum nach Tilgung der gesicherten Forderung von selbst an den Schuldner zurückfiele, ist angesichts der rechtlichen Sonderstellung des Eigentums abwegig.

[66]) Litten i. Verh. 31. D. J. T. Bd. 3 S. 199.

[67]) RGE. 57, 175; 59, 146.

[68]) Biermann, N. 3a zu § 1205; Cosack-Mitteis, a. a O. S. 168; Dernburg, Sachenrecht S. 896; Düringer-Hachenburg, Vbm. 125 z. § 368; RGR. Komm. N. 6 z. § 930. Dadurch Schutz des Schuldners gegen unberechtigte Verfügungen des Gläubigers an bösgläubige Dritte gemäß § 161 BGB.

[69]) In der Praxis die übliche Form.

2. Titel: Die rechtliche Zulässigkeit

A) der Sicherungsübereignung im allgemeinen

§ 11

I. Die Sicherungsübereignung ist kein Scheingeschäft, sondern ein fiduziarisches Geschäft.

Die Parteien wollen bei der Sicherungsübereignung die Sicherstellung des Gläubigers, sie übertragen aber volles Eigentum. Dieser Widerspruch zwischen rechtsgeschäftlichem Willen und rechtlichem Erfolg — zur Sicherstellung würde die Pfandbestellung genügen — hat mehrfach dazu geführt, die Sicherungsübereignung als Scheingeschäft für nichtig zu erklären. Ein Scheingeschäft liegt nach § 117 Abs. 1 BGB. vor, wenn eine empfangsbedürftige Willenserklärung einem anderen gegenüber mit dessen Einverständnis nur zum Schein abgegeben wird. Dem, der die Erklärung abgibt, fehlt in diesem Falle der Mitteilungswille [70]), und der Empfänger kennt das Fehlen desselben. Der Mitteilungswille ist bei der Sicherungsübereignung in der Regel vorhanden. Die Absicht der Beteiligten geht nicht dahin, unter dem Deckmantel eines nur scheinbar verwirklichten Rechtsgeschäfts den Erfolg eines darunter verdeckten Geschäfts zu erreichen. Es ist ihnen vielmehr mit der Uebereignung voller Ernst. Zwar hätten sie nicht so gehandelt, wenn das Gesetz ihnen die Möglichkeit geben würde, eine Verpfändung mittels Vereinbarung eines Besitzkonstituts vorzunehmen. In Anpassung an den geltenden Rechtszustand aber wollen beide Parteien einen Vertrag mit vereinbartem Inhalt in Wirkung setzen. Ergibt sich also nach Sachlage, daß der Wille der Beteiligten auf die Uebertragung des Eigentums gerichtet ist [71]), so ist der Vertrag gültig, selbst wenn der Wortlaut der Erklärungen auf etwas anderes, etwa auf eine Verpfändung hindeutet [72]).

Grundsätzlich ist jedenfalls das Vorliegen eines ernstlichen Uebereignungswillens bei der Sicherungsübereignung voraus-

---

[70]) Die Gültigkeit einer Willenserklärung erfordert a) Aeußerungsbewußtsein; b) Mitteilungswillen, nämlich durch die Erklärung eine ihr entsprechende Vorstellung zu erregen; c) Geschäftswillen, nämlich das Geschäft einzugehen. Vergl. dazu Leonhard, Lehrbuch S. 33 f.

[71]) Anhaltspunkte für das Fehlen eines ernstlichen Willens bei Staudinger N. VIII 2b z. § 929.

[72]) RG. i. Warn. 10, 448 und i. LZ. 1914, 1759.

zusetzen[73]). Angriffe gegen die Sicherungsübereignung aus § 117 BGB. — früher häufig vorkommend — finden sich heute nicht mehr, da erkannt ist, daß die Sicherungsübereignung zu den fiduziarischen Geschäften zu rechnen ist und diese in Theorie und Praxis zum bürgerlichen Recht allgemein anerkannt sind[74]). Ein fiduziarisches Geschäft ist eine Rechtsübertragung, bei der die gewollte Rechtswirkung mit dem verfolgten wirtschaftlichen Zweck nicht in Einklang steht, sondern über ihn hinausgeht[75]). Der Unterschied vom Scheingeschäft liegt darin, daß bei diesem eine Rechtswirkung nicht, beim fiduziarischen Geschäft eine solche aber immer gewollt ist.

Auch die Sicherungsübereignung ist ein Rechtsgeschäft, das mehr Rechtsmacht überträgt, als für ihren wirtschaftlichen Zweck — die Sicherung einer Forderung — nötig ist. Für die Erreichung dieses Zweckes hat die Rechtsordnung in erster Linie das Mittel der Verpfändung vorgesehen. Da der Schuldner aber im Besitz der Sicherungssache bleiben soll und eine Verpfändung auf diesem Wege nicht zulässig ist, wählen die Parteien das Mittel der Eigentumsübertragung. Sie gehen unter dem Zwange der gesetzlichen Vorschriften in vollem Bewußtsein der sich daraus ergebenden Rechtsfolgen diesen Weg. Die Inkongruenz zwischen wirtschaftlichem Zweck und juristischem Mittel reiht die Sicherungsübereignung den fiduziarischen Geschäften ein.

II. Die Sicherungsübereignung verstößt nicht gegen ein gesetzliches Verbot.

§ 12

1. § 1205 BGB.

Der Umstand, daß die Sicherungsübereignung regelmäßig den gleichen wirtschaftlichen Zweck wie die Pfandbestellung verfolgt und der Schuldner dabei meist im Besitz der Sicherungssache bleibt, ja die Sicherungsübereignung zu dem Zwecke vorgenommen wird, dies zu ermöglichen, hat zu der weitverbreiteten Ansicht geführt, sie als nichtig anzusehen.

Eine analoge Anwendung des § 1205 BGB. auf die Sicherungsübereignung, soweit das constitutum possessorium ausge-

[73]) So auch das Reichsgericht: i. Warn. 1909, Nr. 267 u. i. JW. 1911, 181 Nr. 5

[74]) Bahnbrechend die Arbeiten von Kohler i. Jherings J. Bd. 16 S. 91 ff.; Hellwig i. Arch. ziv. Prax. Bd. 64 S. 369 ff.

[75]) Enneccerus, Allg. Teil § 139 II mit Nachweisen.

schlossen ist, ist nicht möglich. Wenn auch beiden — der Pfandbestellung wie der Sicherungsübereignung — der Sicherungszweck innewohnt, so ist damit das Eigentum noch kein Pfandrecht oder Vorzugsrecht [76]).

Näher liegen die Angriffe gegen die Sicherungsübereignung aus dem Gesichtspunkt einer Umgehung des § 1205 BGB.

Eine Umgehung des Gesetzes ist nur denkbar, wenn ein an sich nach der Rechtsordnung gültiges Rechtsgeschäft zugrunde liegt. Ist das Rechtsgeschäft schon aus irgendeinem anderen Grunde nichtig, so wäre es überflüssig, es noch als Umgehung des Gesetzes hinzustellen. Allgemein ist zwischen gebietenden und verbietenden Gesetzen zu scheiden. Ein gebietendes Gesetz kann grundsätzlich nicht umgangen werden. Sind die Voraussetzungen, an deren Eintritt das Gesetz bestimmte Rechtswirkungen knüpft, nicht gegeben, so erfolgen eben keine Aenderungen des bestehenden Rechtszustandes — nicht weil eine gesetzliche Vorschrift verletzt, sondern weil sie nicht erfüllt ist [77]).

Die Gesetze verbietenden Inhalts sind zu scheiden in solche, die nur ein bestimmtes Mittel zur Erreichung eines gewissen Rechtserfolges, und solche, die den Erfolg selbst verhindern wollen. Im ersten Falle will das Gesetz das wirtschaftliche Ergebnis nicht ausschließen, während es das im zweiten Falle bezweckt. Welches von beiden der Charakter des betreffenden Verbotsgesetzes ist, unterliegt der freien Auslegung. Will das vorgenommene Rechtsgeschäft auf Umwegen ein verbotenes Ergebnis erreichen, so ist es als Umgehung des Gesetzes nichtig [78]).

Die Uebereignung von beweglichen Sachen unter Besitzbelassung beim Veräußerer ist gestattet (§ 930 BGB.). Das Gesetz verbietet dagegen eine Verpfändung auf demselben Wege (§ 1205 BGB.). Für die Frage, ob die Sicherungsübereignung als Umgehung des in § 1205 BGB. ausgesprochenen Verbotes anzusehen ist, ist es ausschlaggebend, welche Auslegung dieser

---

[76]) Ackermann, a. a. O. S. 73; a. A. Hellwig i. Arch. Prax. Bd. 64 S. 381: die Sicherungsübereignung sei in Wahrheit ein Vorzugsrecht. Sie scheine nur unnormiert. § 1205 BGB. sei anzuwenden.

[77]) Linckelmann i. Arch. bgl. Recht Bd. 7 S. 217.

[78]) Ackermann, a. a. O. S. 70; Enneccerus, Allg. Teil § 177 II; Hellwig, i. Arch. ziv. Prax. Bd. 64 S. 370 f.; Linckelmann i. Arch. bgl. Recht Bd. 7, S. 216 ff.; Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 427. — a. A. Bonnet, a. a. O. S. 27, der die Scheidung in Gebots- und Verbotsnormen zu formalistisch nennt und es ohne nähere Begründung auf den Endzweck der gewählten Rechtsform ankommen läßt.

gesetzlichen Vorschrift zu geben ist. Will das Gesetz ganz allgemein verbieten, daß eine Sicherung unter Belassung der Sicherungssache beim Schuldner vorgenommen wird, so ist die Sicherungsübereignung nichtig. Verbietet das Gesetz aber nur den Weg der Verpfändung zur Herbeiführung einer derartigen Sicherung, ohne dabei andere Rechtsformen, die den gleichen Zweck erreichen, ausschließen zu wollen, so ist die Sicherungsübereignung gültig.

Eine ausschließliche Verbotsnorm des Inhalts, daß die mit einer Pfandbestellung verfolgten Sicherungszwecke nur in den vom BGB. angeordneten Formen und nur unter Entfernung der Fahrnis aus dem Besitz des Verpfänders erreicht werden dürften, fehlt im BGB. Aus dem Wortlaut des § 1205 BGB. kann Derartiges nicht geschlossen werden. Es ist nicht ausgesprochen, daß das Pfandrecht ausschließliches Sicherungsmittel sein solle [79]). Die Entstehungsgeschichte des BGB. bestätigt den Wortlaut des Gesetzes. Im Enwurf I § 1147 Abs. 3 S. 2, ebenso in zweiter Lesung § 1115 S. 2 hieß es noch, daß jede Pfandbestellung ausgeschlossen sein solle, wenn der Verpfänder das Pfand in seiner Innehabung behielte. Die Lesart wurde nicht in die endgültige Fassung des BGB. übernommen. Zwar kam bei der Beratung des BGB. zum Ausdruck, daß die Sicherheit des Verkehrs äußere Erkennbarkeit bestehender Pfandrechte erheische [80]). Andererseits wurde geltend gemacht, daß die Sicherungsübereignung mittels constitutum possessorium keine Gesetzumgehung sei [81]). Die Gläubiger seien nicht zu der Annahme berechtigt, daß alle im Besitz des Schuldners befindlichen Sachen diesen gehörten [82]). Ein in der zweiten Kommission gestellter Antrag, die Eigentumsübertragung mittels Konstituts für unwirksam zu erklären, falls „die Umstände ergeben, daß durch die Veräußerung dem Erwerber Sicherheit wegen einer Forderung verschafft werden solle", wurde abgelehnt. Das wirtschaftliche Bedürfnis nach der Sicherungsübereignung wurde anerkannt: „Diese Rechtsform diene sehr häufig zur Befriedigung des Kreditbedürfnisses der kleinen Leute, welche dem Gläubiger allein mit ihrer beweglichen Habe Sicherheit zu gewähren imstande seien, aber den fortdauernden Be-

[79]) A. A. Hellwig i. Arch. ziv. Prax. Bd. 64 S. 377 ff. u. i. Gläubigernot a. a. O. S. 146: Das Gesetz wolle das Verbot der Mobiliarhypothek nicht auf die spezielle Art des Pfandrechts beschränkt wissen; es habe das wirtschaftliche Resultat im Auge.

[80]) Mot. z. BGB. Bd. 3 S. 801.

[81]) Prot. Bd. 3 S. 445.

[82]) Prot. Bd. 3 S. 201.

sitz und Gebrauch derselben nicht entbehren und deshalb dem Gläubiger nicht ihre Sachen als Faustpfand übergeben könnten" [83]).

Danach ist vom BGB. nur die Mobiliarhypothek unmittelbar beseitigt. Das Verbot ergreift nur das Pfandrecht, bei dem eine besonders gefährliche Geschäftsform getroffen werden soll. Es ist nicht möglich, eine Umgehung des Gesetzes nur deshalb anzunehmen, weil auf verschiedenen Wegen der gleiche wirtschaftliche Zweck erreicht wird [84]). Selbst wenn dem wirtschaftlichen Ergebnis nach das Verbot der Verpfändung durch Konstitut mit der Sicherungsübereignung umgangen würde, so stände das der Rechtsgültigkeit nicht entgegen. Mangels besonderen Verbotes ist ein wirtschaftlicher Zweck in jeder beliebigen Rechtsform zu verwirklichen. Vor allem entscheidet, daß die Sicherungsübereignung im Ergebnis sich nicht mit der Pfandbestellung deckt. Die Mobiliarhypothek ist neben andern Gründen deshalb so gefährlich, weil es an einem ausreichenden strafrechtlichen Schutz des Gläubigers gegen unberechtigte Verfügungen des Verpfänders über die Pfandsache gebricht. Die Sicherungsübereignung gewährt demgegenüber einen größeren Schutz und ist daher in gewissem Sinne ungefährlicher [85]); der Veräußerer, der unberechtigt über die von ihm übereigneten Sachen verfügt, begeht Unterschlagung (§ 246 RStGB.).

Da also die Sicherung des Gläubigers durch andere Rechtsformen wie das Pfandrecht nicht verboten ist, kann von einem Verstoß gegen die Vorschrift des § 1205 BGB. bezw. von einer Umgehung derselben durch die Sicherungsübereignung nicht die Rede sein [86]). Die Vertreter der Ansicht, daß die Sicherungsübereignung als Umgehung des Gesetzes für nichtig zu halten sei [87]), bekennen sich überwiegend dazu, die Sicherungsüber-

---

[83]) Vergl. Prot. Bd. 3 S. 196 ff.

[84]) A. A. Hellwig, vergl. Anm. 79.

[85]) Leonhard, Lehrbuch S. 154.

[86]) Ackermann, a. a. O. S. 17, 65 ff.; Cosack-Mitteis, a. a. O. S. 167; Crome, Sachenrecht S. 815; Dernburg, Sachenrecht S. 897; Endemann, a. a. O. S. 912; Jacusiel, a. a. O. S. 29; Leonhard, Lehrbuch S. 154; Linckelmann i. Arch. bgl. Recht Bd. 7, S. 222 ff.; Litten i. Verh. 31. D. J. T. Bd. 3 S. 200 ff.; Marck, a. a. O. S. 69; Salinger i. Verh. 31. D. J. T. Bd. 3 S. 427 ff.; Staudinger N. VIII 2a z. § 929 und das Reichsgericht in konstanter Rechtsprechung: RGE. 2, 168; 13, 200; 24, 45, 161; 30, 275; 57, 175; 59, 146; 62, 136 usf.; RG. in JW. 1902 Beil. S. 259; 1904 S. 6; 1906 S. 51 Nr. 1; i. Seuff. A. Bd. 58 S. 69, 123.

[87]) Hedemann, Sachenrecht S. 226, 229; Hellwig i. Arch. ziv. Prax. Bd. 64 S. 370 ff. u. i. Gläubigernot S. 146 f.; Bonnet, a. a. O. S. 24 f.; Wolff, Sachenrecht § 163 I 1d.

eignung angesichts der feststehenden Praxis des RG. als gewohnheitsrechtliches Institut zuzulassen. Aber es erscheint im Hinblick auf die noch immer starke Opposition gegen die Sicherungsübereignung unmöglich, von einer allgemeinen Rechtsüberzeugung zu sprechen.

§ 13

2. § 1229 BGB.

Ebenso erhebt sich die Frage, ob die Sicherungsübereignung mit dem im § 1229 BGB. ausgesprochenen Verbot der Verfallklausel in Widerspruch stehe und aus diesem Grunde nichtig sei. § 1229 BGB. spricht für das Pfandrecht das Verbot der dem römischen Recht bereits als lex commissoria bekannten vor Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffenen Abrede, nach welcher dem Pfandgläubiger, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll, aus. Unzweifelhaft ist diese Vorschrift ein Verbotsgesetz [88]). Es bleibt zu prüfen, ob die Voraussetzungen seiner Anwendung im Tatbestand der Sicherungsübereignung sich wieder finden.

Der Wortlaut des § 1229 BGB. paßt auf keine Art der Sicherungsübereignung. Der Gläubiger erhält das Eigentum von vornherein; eine Abrede, daß das Eigentum mit Fälligkeit der Schuld erst übergehen solle, steht damit in offenbarem Widerspruch. Der Sinn der Vorschrift ist der, eine besonders große Gefahr für den Schuldner zu beseitigen. Dem Gläubiger sollen über berechtigte Sicherungsansprüche hinausgehende Rechte, wie es in einer augenblicklichen Notlage des Schuldners einer kleinen Besserung wegen und in der Hoffnung auf spätere geschäftliche Erfolge geschehen könnte, nicht eingeräumt werden. Das läßt schon erkennen, daß der Vorwurf des Verstoßes gegen § 1229 BGB. nur diskutabel ist, soweit die Parteien vereinbart haben, daß der Gläubiger die übereignete Sache „an Zahlungsstatt" behalten kann, falls der Schuldner die Schuld nicht rechtzeitig tilgt. Es besteht aber für den Schuldner hier nicht die Gefahr, vor der ihn als Verpfänder das Gesetz schützen will. Gerade und nur durch die Eigentumsübertragung wird die Sicherung bestellt. Der Schuldner überträgt im vollen Bewußtsein der Rechtswirkung das Eigentum auf den Gläubiger. Daß es zunächst, d. h. bis zur Fälligkeit durch Parteivereinbarungen

[88]) Linckelmann i. Arch. bgl. Recht Bd. 7 S. 220.

beschränkt ist, ändert daran nichts. Zwar ist dem Schuldner die Uebereignung nicht so fühlbar, da er den Besitz der Sachen behalten kann, das ist aber schließlich bei jeder Eigentumsübertragung nach § 930 BGB. der Fall. Allein wegen der wirtschaftlichen Aehnlichkeit des Pfandrechts und der Sicherungsübereignung das Verbot der lex commissoria auf letztere gleichermaßen anwenden zu wollen [89]), ist angesichts der rechtlichen und tatsächlichen Verschiedenheit nicht möglich. Richtig ist zwar, daß rein praktisch das Verbot der lex commissoria durch die Vereinbarung einer Sicherungsübereignung beseitigt werden kann. Diese Erwägung ist de lege ferenda gewiß beachtenswert, de lege lata gibt sie keine Handhabe, gegen die Sicherungsübereignung als solche vorzugehen.

Im Ergebnis ist festzustellen, daß die Abrede, nach welcher das Eigentum dem Gläubiger bei Nichtzahlung der Schuld binnen bestimmter Frist ganz an Zahlungsstatt verfallen sei, eine zulässige bedingte Hingabe an Zahlungsstatt darstellt und nicht gegen das Verbot des § 1229 BGB. verstößt [90]).

§ 14

III. Die gesetzgeberische Grundlage der Sicherungsübereignung.

Von den Befürwortern der Sicherungsübereignung wird oft geltend gemacht, daß, wenn auch eine gesetzliche Regelung der Sicherungsübereignung im BGB. nicht getroffen ist, diese durch Niederlegung in § 223 Abs. 2 BGB. ihre ausdrückliche Anerkennung gefunden habe [91]).

§ 223 Abs. 2 BGB. geht davon aus, daß zur Sicherung eines Anspruchs ein „Recht" übertragen ist. Ausführungen, was hier unter „Recht" zu verstehen ist, macht das Gesetz nicht. Nach dem Wortlaut der Vorschrift fällt das Eigentum als seiner Natur nach stärkstes und umfassendstes Recht darunter. Aus § 823

---

[89]) Biermann, Sachenrecht N. 2 z. § 1229; Planck N. 4 z. § 1229; Hoeniger, Sicherungsübereignung S. 35 f.; Raape, Verfallklausel; Warneyer, Komm. z. § 1229.

[90]) So überwiegende Meinung, vergl. Ackermann, a. a. O. S. 78 f.; Bonnet, a. a. O. S. 21 ff.; Cosack-Mitteis, a. a. O. S. 167; Düringer-Hachenburg N. 128 z. § 368; Hamelbeck, a. a. O. S. 43; Jacusiel, a. a. O. S. 40; Salinger in Verh. 31. D. J. T. Bd. 3 S. 430; Staub N. 99 z. § 368; Staudinger N. 7 z. § 1229; RGR. Komm. N. 6 zu § 930; RGE. 83, 53; RG. i. „Recht" 13, 325g; — insbes. OLG. Düsseldorf in OLGE. 20, 169. — A. A. in Anm. 89.

[91]) Jacusiel, a. a. O. S. 23; Marck, a. a. O. S. 70; Planck N. 4 z. § 930; Salinger, Verh. 31. D. J. T. Bd. 3 S. 422; RGE. 57, 175 ff.

Abs. 1 BGB., wonach der zum Schadenersatz verpflichtet ist, der „das Eigentum oder ein sonstiges Recht" eines anderen verletzt, kann nicht der Schluß gezogen werden, daß das BGB., wenn es nur von „Recht" spricht, das Eigentum ausnehmen will[92]). Die Motive zum BGB.[93]) führen dazu aus: „ . . . die Vorschrift des Abs. 2 beruht auf demselben Gedanken wie diejenige des Abs. 1. Es kann keinen Unterschied machen, ob die Forderung durch Bestellung eines Pfandrechts oder durch Uebertragung eines anderen Rechts, wie Eigentum, Grundschuld usw. sichergestellt worden ist". Danach ist der Schluß berechtigt, daß § 223 Abs. 2 BGB. auch die Uebertragung des Eigentums einschließt. Das heißt nichts anderes als die Uebertragung des Eigentums in den vom Gesetz vorgesehenen Formen (§§ 929—931 BGB.). Kein Wort deutet auf die Berechtigung der Folgerung[94]) hin, daß das Gesetz an dieser Stelle die Uebertragung des Eigentums durch Besitzkonstitut habe ausschliessen wollen.

Ferner ist die Sicherungsübereignung in § 22 des Gesetzes betr. die Ermöglichung der Kapitalkreditbeschaffung für landwirtschaftliche Pächter vom 9. 7. 1926[95]) anerkannt, sodaß man ihre Zulässigkeit schwerlich bezweifeln kann[96]).

Allerdings kann die Sicherungsübereignung im Einzelfall wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 138 BGB. nichtig sein. Auch haftet der Gläubiger manchmal als Erwerber des ganzen Vermögens des Schuldners gemäß § 419 BGB. für dessen Verbindlichkeiten. Dieses ändert aber nichts an der Stellungnahme, daß die Sicherungsübereignung grundsätzlich als rechtlich zulässig angesehen werden muß.

B. Die rechtliche Zulässigkeit der Sicherungsübereignung von Sachinbegriffen.

§ 15

I. Der Sachinbegriff ist kein Rechtsobjekt.

Besonders häufig ist im wirtschaftlichen Leben die Sicherungsübereignung von Sachinbegriffen (Sachgesamtheiten), ins-

[92]) So Hoeniger, Sicherungsübereignung S. 39 unter Beziehung auf §§ 433, 873, 1381 u. a. BGB. Es handelt sich bei den herangezogenen Bestimmungen aber meist um die Scheidung zwischen der Uebertragung von Rechten im Gegensatz zur Uebertragung von Sachen.

[93]) Mot. Bd. 1 S. 345.

[94]) Bonnet, a. a. O. S. 27.

[95]) RGBl. I, S. 399.

[96]) RGR. Komm. N. 6 z. § 930.

besonders von solchen mit wechselndem Bestande, in erster Linie die Sicherungsübereignung von Warenlagern. Ist die rechtliche Zulässigkeit der Sicherungsübereignung grundsätzlich bejaht, so erheben sich bei der Nachprüfung der Rechtslage der Sicherungsübereignung von Sachgesamtheiten weitere rechtliche Bedenken.

Im Fahrnisrecht des BGB. gilt der Grundsatz der Spezialität, d. h. der Grundsatz, daß Gegenstand von dinglichen Rechten nur individuell genau bestimmte und bestimmbare Sachen sein können. Es erhebt sich die Frage, ob in Beziehung auf einen Inbegriff von einzelnen Sachen als solchen Rechtswirkungen eintreten können.

Schon für das gemeine Recht konnte der Satz: Gesamtvindikation ist materiell Vindikation der einzelnen Stücke, Gültigkeit beanspruchen [97]). Ein „dominium gregis" war begrifflich nur in dem Sinne möglich, daß das Eigentum an den einzelnen Tieren der Herde bestand. Ebensowenig konnte ein Pfandrecht an einer Sachgesamtheit als solcher bestehen (Vielheitstheorie). Allerdings setzte sich diese Ansicht erst um die Wende des 19. Jahrhunderts, vor allem wohl auf Grund der Arbeit Göpperts, durch. Vor dieser Zeit war die Einheitstheorie [98]) vorherrschend. Ihre Vertreter erkannten ein einheitliches dingliches Recht an einem Sachinbegriff ohne weiteres an.

Tatsächlich würde, wollte man den Sachinbegriff als selbständiges Objekt dinglicher Rechte annehmen, die rechtliche Beurteilung der Sicherungsübereignung von Warenlagern wesentlich vereinfacht. Verkaufte Stücke würden ohne weiteres aus dem Eigentum des Sicherungsnehmers ausscheiden, neu angeschaffte Stücke dagegen in sein Eigentum übergehen. Die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses nach § 868 BGB. würde keine Schwierigkeiten bereiten. Das BGB. folgt jedoch der inzwischen vorwiegend vertretenen Vielheitstheorie [99]).

Nach dem BGB. gibt es kein dingliches Recht an einer Sachgesamtheit [100]). Zwar bildet sie wirtschaftlich gesehen eine

---

[97]) Göppert, Gesamtsachen S. 96.

[98]) Gierke, D. Priv. Recht Bd. 2 S. 50; Dernburg, Pandekten § 267 3 und die Kodifikationen dieser Zeit, vergl. § 62 Sächs. BGB.: „Ein Inbegriff von Sachen, welche im Verkehr unter einer gemeinschaftlichen Bezeichnung begriffen und wie ein Ganzes behandelt werden, macht eine Gesamtsache aus".

[99]) Trotz gegenteiliger Bemühungen Gierkes, Entw. S. 284 ff.

[100]) Oertmann, Vorbem. 2 b β zu § 90 mit ausführlichen Nachweisen.

Einheit, rechtlich umfaßt sie aber die Mehrheit der einzelnen ihr zugehörenden Sachen. Ein dingliches Recht, sei es das Eigentum, das Pfandrecht oder ein anderes, kann nur an der einzelnen Sache der Sachgesamtheit bestellt werden. Gemäß § 90 BGB. sind Sachen im Sinne des Gesetzes nur körperliche Gegenstände. Zuzugeben ist, daß auch bei einer Sachgesamtheit — wenn auch etwas gekünstelt — von einer gewissen Körperlichkeit die Rede sein kann. Es fehlt aber an der gesetzlichen Anerkennung der Sachgesamtheit. In § 92 Abs. 2 BGB. ist ausdrücklich zwischen Sache und Sachinbegriff geschieden. Auch wo das Gesetz von einem Sachinbegriff spricht — so z. B. in §§ 419, 1035, 1038 u. a. BGB. — erkennt es ihn nie als Rechtsobjekt an. Dem unmißverständlichen Wortlaut des Gesetzes ist Rechnung zu tragen. Der Vorwurf eines dem Sinne des Gesetzes nicht entsprechenden Formalismus ist unberechtigt. Die Auslegung ist im Interesse einer klaren Gestaltung der Rechtsverhältnisse erforderlich. Wollte man das Eigentum an einer Sachgesamtheit zulassen, so könnte sich ereignen, daß Eigentümer der Sachgesamtheit X, Eigentümer einer einzelnen dazu gehörenden Sache Y wäre. Eine derartig einseitige wirtschaftliche Betrachtungsweise würde zur Verwischung rechtlicher Verhältnisse führen. Auch das Pächterkreditbeschaffungsgesetz vom 9. 7. 1926 [101]) hat mit diesem Grundsatz nicht gebrochen. Es wird zwar „das Inventar" verpfändet, von dem Pfandrecht ergriffen werden aber nur die einzelnen Inventarstücke [102]).

Wenn von der Sicherungsübereignung von Sachinbegriffen nur die einzelnen körperlichen Sachen erfaßt werden, so hindert dies nicht, die einzelnen Gegenstände mit einer Gesamtbezeichnung, die der Verkehr für den Inbegriff anwendet, zu benennen [103]).

§ 16

II. Ist die Sicherungsübereignung trotz der beim Schuldner verbleibenden Verfügungsbefugnis gültig?

Die Tatsache, daß der Sicherungsgeber zwar das Eigentum an seinen Sachen aufgibt, bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern aber häufig die Verfügungsmacht über die über-

---

[101]) RGBl. I S. 399.

[102]) RGR. Komm. N. 5 z. § 1204. Abweichend Wolff, Sachenrecht § 161 IV 2.

[103]) RGE. 52, 385 ff.; 53, 218 ff.; 74, 146.

eigneten Sachen behält, hat zu der Erörterung Anlaß gegeben, ob sich eine derartige Beschränkung mit dem Begriff des Eigentums noch vertrage. Die Frage danach drängt sich in der Tat auf, wenn man bedenkt, daß es grundsätzlich unzulässig ist, Rechte ohne materiellen Inhalt zu begründen [104]). Verfügt doch der Sicherungsgeber wie ein Eigentümer weiter, zieht er doch die Erträgnisse aus den übereigneten Sachen, während der Sicherungsnehmer eigentlicher Eigentümer ist. So führt auch Hoeniger [105]) aus: „Wird durch den Uebertragungsvertrag die Verfügungsbefugnis des Neuerwerbers wesentlich ausgeschlossen, dann erwirbt er eben in Wahrheit das Recht gar nicht, und eine wirkliche Uebertragung liegt gar nicht vor". Die Folgerung läßt sich aber aus dem Gesetz nicht ziehen. Es ist dem Eigentümer nach dem BGB. unbenommen, sein Eigentum durch vertragliche Vereinbarungen zu beschränken. Das Gesetz verbietet dem Eigentümer an keiner Stelle, einem anderen die Befugnis einzuräumen, über die ihm gehörige Sache zu verfügen.

Eine andere Frage ist es, ob sich für die Sicherungsübereignung von Warenlagern ein Besitzmittlungsverhältnis finden läßt, das den in § 868 BGB. aufgestellten Erfordernissen entspricht und ohne das eine gültige Eigentumsübertragung nicht vorgenommen werden kann (§ 930 BGB.).

Aus der Bestimmung des § 868 BGB. ergibt sich unmittelbar, daß die Vereinbarung eines sog. „abstrakten Konstituts" mittelbaren Besitz nicht begründen und mithin nicht zum Uebergang des Eigentums führen kann. Eine Vereinbarung nur dahin etwa, daß der Sicherungsgeber für den Sicherungsnehmer die Sache weiter in Besitz haben solle, würde auch bei zeitlicher Begrenzung ungültig sein [106]). Ebenso genügt die Zugrundelegung des reinen Sicherungsverhältnisses den Anforderungen nicht, die der § 868 BGB. stellt [107]). Danach ist vielmehr nur derjenige mittelbarer Besitzer, der „eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse" besitzt. Stets muß also ein individualisiertes Konstitut der Eigentumsübertragung zugrunde liegen. Keine Schwierigkeit bereitet die Vereinbarung eines Mittlungsverhältnisses, wenn Einzelsachen zur Sicherung übereignet werden und ständig

---

[104]) RG. in JW. 1905 S. 718 und in LZ. 1911 S. 29.
[105]) Sicherungsübereignung S. 103.
[106]) RGE. 49, 173; 54, 398; DJZ. 1902 S. 101.
[107]) RGR. Komm. N. 5 z. § 930; Staub N. 97 z. § 368; RG. i. JW. 1912 S. 144; BA. 27 S. 74.

im Besitze des Veräußeres bleiben. Immer wird sich z. B. ein Miet- oder Verwahrungsvertrag schließen lassen. Anders ist es bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern, da der Veräußerer die Verfügungsbefugnis über die Sicherungssachen behält. Die in § 868 BGB. namentlich aufgeführten Verhältnisse lassen sich damit nicht in Einklang bringen [108]). Die Frage ist also: Gibt es ein „ähnliches Verhältnis" im Sinne des § 868 BGB., bei dem sich die dem Veräußerer verbleibende Verfügungsmacht gesetzlich rechtfertigen läßt? Die Wissenschaft hat manche Versuche gemacht, ein gegen rechtliche Bedenken gefeites Rechtsverhältnis zu konstruieren.

Einmal glaubte man, den § 1067 BGB. durch Parteivereinbarung dahin abändern zu können, daß das Eigentum an den verbrauchbaren Sachen, zu denen auch die Bestandteile eines Warenlagers gehören (§ 92 Abs. 2 BGB.), nicht auf den Nießbraucher übergeht [109]). Es begegnet schweren Bedenken, ob angesichts des numerus clausus der Sachenrechte eine derartig weite Ausdehnung am Platze ist. Zwar sprechen die Motive zum BGB. [110]) dem § 1067 eine dispositive Natur zu. Das darf aber wohl nur dahin aufgefaßt werden, daß anstelle des irregulären Nießbrauchs des § 1067 BGB., der in Wahrheit eine fiduziarische Eigentumsübertragung ist [111]), der reguläre Nießbrauch treten kann [112]). Dann wird zwar der Nießbraucher nicht Eigentümer, er darf aber die Sachen auch nur nutzen und sie nicht veräußern (§ 1030 BGB.). Es kann den Parteien nicht zugebilligt werden, nur die im § 1067 BGB. ausgesprochene Rechtsfolge, daß das Eigentum auf den Nießbraucher übergeht, auszuschliessen und in ihr Gegenteil zu verkehren. Die allgemeine Vertragsfreiheit, wie sie im Schuldrecht des BGB. herrscht, gibt es im Sachenrecht nicht. Der Kreis der dinglichen Rechte ist geschlossen und durch Parteivereinbarung nicht zu sprengen. Der „Dispositionsnießbrauch", wie die Anhänger ihr Institut nennen wollen, ist rechtlich unzulässig und kommt daher auch als Besitzmittlungsverhältnis für die Sicherungsübereignung von Warenlagern nicht in Frage [113]).

Dann sollte eine analoge Ausdehnung des § 1048 BGB. insofern, daß die für das Inventar des Grundstücks getroffenen

[108]) OLG. Stuttgart v. 24. 6. 13 i. Seuff. Bl. Bd. 78 S. 581.
[109]) Zeiler, i. Seuff. Bl. Bd. 73 S. 848 ff. u. i. D. Not. V. 12 S. 65 ff.; zustimmend Planck N. 5 zu § 1067; Bonnet, S. 45 f.
[110]) Mot. z. BGB. Bd. 3 S. 534.
[111]) Leonhard, Lehrbuch S. 144.
[112]) Hoeniger, Sicherungsübereignung S. 60.
[113]) Vergl. OLG. Kiel in OLGE. 18, 135.

Vorschriften auf das zur Sicherung übereignete Warenlager anzuwenden seien, die Lösung des Problems bringen. Die Voraussetzungen einer Analogie sind jedoch nicht gegeben. Gerade die Abhängigkeit des Grundstücksinventars vom Grundstücke und seine wirtschaftliche Verbundenheit mit diesem hat den Gesetzgeber veranlaßt, für das Inventar eine besondere gesetzliche Regelung (vergl. § 588 BGB.) vorzunehmen. Dagegen bildet das Warenlager rechtlich und tatsächlich eine von dritten Koeffizienten unabhängige Einheit. Es kann nicht angehen, Grundsätze, die in § 1048 BGB. für das Inventar gelten, analog auf das Warenlager anzuwenden [114]).

Die Praxis bevorzugt bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern den Abschluß eines Kommissionsvertrages [115]) oder eines „kommissionsähnlichen Verhältnisses" [116]). Ein reiner Kommissionsvertrag ist als Mittlungsverhältnis nicht geeignet [117]). Der Kaufmann, der sein Warenlager zur Sicherung übereignet, verkauft es sowohl im eigenen Namen als handelt auch auf eigene Rechnung. Das ist mit dem Wesen des Kommissionärs nicht vereinbar (vergl. § 383 HGB.). Auch andere Bestimmungen des Kommissionsgeschäfts im HGB. — so die §§ 386, 387, 390, 392, 396, 397 HGB. — lassen sich nur mit Einschränkungen oder gar nicht bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern anwenden. Damit sind aber ungefähr sämtliche das Kommissionsgeschäft als solches kennzeichnende Vorschriften außer Kraft gesetzt. Ob dann noch von einem „kommissionsähnlichen Verhältnisse" gesprochen werden kann, ist sehr zweifelhaft.

Nach der im Schuldrecht geltenden Vertragsfreiheit sind die Parteien nicht auf die gesetzlich normierten Tatbestände angewiesen. Um festzustellen, ob bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern ein den Erfordernissen der §§ 868, 930 BGB. entsprechendes Verhältnis überhaupt möglich ist, sind die wesentlichen Kriterien herauszustellen, deren Vorhandensein Voraussetzung für die Gültigkeit eines „ähnlichen Verhältnisses"

---

[114]) Bonnet, a. a. O. S. 44; Hoeniger, Sicherungsübereignung S. 63; OLG. Kiel in OLGE. 18, 135. — A. A. Ackermann, a. a. O. S. 109; Crome, Sachenrecht S. 516 Anm. 73; Planck N. 5 z. § 1048. Nach den Mot. z. BGB. Bd. 3 S. 513 ist die analoge Anwendung des § 1048 auf bewegliche Sachen und Sachinbegriffe nicht gewollt. — Für zwar bedenklich, aber letzten Endes zulässig hält Salinger in Verh. 31. D. J. T. Bd. 3 S. 440 die analoge Anwendung.

[115]) Zuerst von Düringer in LZ. 1908 S. 105 angedeutet.

[116]) RG. v. 6. 11. 08 i. „Recht" 1909 Beil. 73.

[117]) Ackermann, a. a. O. S. 121; Hoeniger, Sicherungsübereignung S. 65 ff.

ist. Es bedarf keiner näheren Ausführung, daß mittelbaren Besitz ein Rechtsverhältnis nur begründen kann, welches dem mittelbaren gegen den unmittelbaren Besitzer einen Herausgabeanspruch gewährt, und zwar einen Herausgabeanspruch hinsichtlich der konkreten Sachen. Die tatsächliche Sachherrschaft muß dem mittelbaren Besitzer trotz räumlicher Trennung von der Sache noch verbleiben [118]). Die Sache muß weiterhin als zu seinem Vermögen gehörig erscheinen [119]). Das ist aber nicht mehr der Fall, wenn der unmittelbare Besitzer über sie frei verfügen kann [120]). Eine Konstruktion dahingehend, daß der Herausgabeanspruch an dem jeweiligen Bestande des Warenlagers bestehe [121]), erscheint nicht möglich. Ein Rechtsverhältnis, das einen Herausgabeanspruch begründet und zugleich die Berechtigung zur freien Verfügung in sich schließt, gibt es nicht — ob nun ein kommissionsähnliches Verhältnis oder ein Verwaltungsverhältnis mit Verfügungsrecht [122]) vereinbart wird. Darin liegt eine direkte Negation des Herausgabeanspruchs auf die konkrete Sache. Die Sicherungsbereignung von Warenlagern scheitert rechtlich in der Tat daran, daß sich ein Besitzmittlungsverhältnis im Sinne des § 868 BGB. nicht finden läßt [123]) Da jedoch von der ständigen Gerichtspraxis [123]) die Ansicht vertreten wird, daß ein gültiges Mittlungsverhältnis ohne Schwierigkeit zu finden ist, soll im folgenden die rechtliche Zulässigkeit der Sicherungsübereignung von Warenlagern einmal unterstellt werden. Die der Rechtsform innewohnende Schäden können dann in vollem Umfange aufgedeckt werden.

§ 17

III. Die Uebereignung der Ersatzstücke

Das Warenlager ist auf Umsatz abgestellt. Für die Waren, die der Sicherungsgeber veräußert, müssen Ersatzstücke be-

---

[118]) So scheidet der Anspruch aus § 985 BGB. z. B. aus.

[119]) A. A. Planck N. 2b α z. § 868; Wolff, Sachenrecht § 8 I 1: Nach ihnen kommt es darauf an, daß der Besitz des Mittlers Ausdruck eines abgeleiteten Besitzrechts ist.

[120]) Biermann N. 3b zu § 1205; Hoeniger, Sicherungsübereignung S. 102; Leonhard, Lehrbuch S. 117, 154; ähnlich Düringer-Hachenburg, Vbm. 125 zu § 368.

[121]) So Salinger in Verh. 31. D. J. T. Bd. 3 S. 443; Ackermann a. a. O. S. 111.

[122]) RG. i. DJZ. 1903 S. 153; 1911 S. 324; BA. 10, 203.

[123]) RGE. 49, 173; 54, 397; 118, 361; RG. i. JW. 1913 S. 492 f.; 1927 S. 669 Nr. 14 und auch h. M.: Ackermann, a. a. O. S. 121 ff.; Hamelbeck, a. a. O. S. 32 f.; Marck, a. a. O. S. 35; RGR. Komm. N. 5 zu § 930; Salinger i. Verh. 31. D. J. T. Bd. 3 S. 443.

schafft werden. Das liegt vor allem auch im Interesse des kreditgebenden Gläubigers, denn würde das Warenlager nicht ständig ergänzt, so wäre die Sicherung bald geschwunden. Vereinbarungen über die Beschaffung von Ersatzstücken sind daher in jedem Vertrage, der eine Sicherungsübereignung von Warenlagern zum Inhalt hat, vorauszusetzen. Eine lediglich schuldrechtliche Verpflichtung des Schuldners, die neu angeschafften Stücke dem Gläubiger zu übereignen, sichert diesen nicht zureichend. Die Erfüllung des Vertrages hängt vom guten Willen des Schuldners ab. Eine vollkommene Sicherung erwirbt der Gläubiger nur, wenn er von vornherein eine Vereinbarung mit dinglicher Wirkung dahin treffen kann, daß die Ersatzstücke mit der Neuanschaffung in sein — des Gläubigers — Eigentum übergehen.

Theoretisch ist ein Handeln des Schuldners in direkter Stellvertretung durchaus möglich. Praktisch besteht diese Möglichkeit aber nicht. Der Geschäftsbetrieb des Schuldners soll gerade von der Sicherungsübereignung nur wenig oder gar nicht betroffen werden. Eine Stellvertretung würde es kraft gesetzlicher Vorschrift (§ 164 Abs. 1 BGB.) mit sich bringen, daß der Schuldner erkennbar im Namen des Gläubigers handelt. Lieferanten aber, die wohl mit dem Schuldner in Geschäftsbeziehung treten wollen, werden oft mit dem Gläubiger geschäftlich nichts zu tun haben wollen und infolgedessen einen Kredit versagen. Die Kreditverweigerung müßte für den ganzen Geschäftsbetrieb des Schuldners katastrophale Wirkungen zeigen.

Ein Erwerb des Eigentums durch den Gläubiger, etwa derart, daß der Schuldner im eigenen Namen erwirbt, trotzdem aber das Eigentum unmittelbar auf den Gläubiger übergeht, widerspricht dem § 164 Abs. 2 BGB. Handelt der Schuldner im eigenen Namen, so wird er berechtigt und verpflichtet. Für die Erlangung des Besitzes ist die Vorschrift des § 164 Abs. 2 BGB. vielleicht abdingbar, da der Besitz kein Recht und der § 868 BGB. maßgebend ist. Für den Erwerb des Eigentums gilt aber § 164 Abs. 2 BGB. unbedingt, denn hier steht die rechtsgeschäftliche Natur außer Frage. Eine entgegenstehende Vereinbarung würde gegen das Gesetz verstoßen und gemäß § 134 BGB. nichtig sein [124]). Die Konstruktionen, im Wege der direkten oder indirekten Stellvertretung die Uebereignung der Ersatzstücke auf den Gläubiger vorzunehmen, versagen also.

---

[124]) Vergl. Ackermann, a. a. O. S. 129; Hoeniger, Sicherungsübereignung S. 110.

Die Gerichtspraxis [125]) sieht die Möglichkeit der Uebereignung der Ersatzstücke in der Vereinbarung eines antizipierten Besitzkonstituts. Das Wesen desselben besteht in einer zwischen den Parteien — meist bei Abschluß des Uebereignungsvertrages getroffenen — Nebenabrede, daß alle künftigen durch den Schuldner anzuschaffenden Ersatzstücke ohne weiteres mit dem Zeitpunkt in das Eigentum des Gläubigers übergehen, in dem der Schuldner vereinbarungsgemäß mit den Sachen verfährt. Findet in der Regel die Einigung über den Eigentumsübergang dann erst statt, wenn der Veräußerer im Besitz der zu übereignenden Sache sich befindet, so einigen sich im Falle des antizipierten Besitzkonstituts die Parteien bereits vor diesem Zeitpunkt über den Uebergang des Eigentums. Das verstößt gegen das Gesetz. Der Wortlaut des § 930 BGB. läßt keinen Zweifel daran zu, daß der Veräußerer zur Zeit der Uebertragung des Eigentums im Besitze der Sache sein muß. Eine Einigung, die der Uebergabe bezw. den in §§ 929 ff. BGB. vorgesehenen Uebergabesurrogaten vorausgeht, kann keine dinglichen Rechtswirkungen hervorrufen. Sie bedeutet allenfalls eine schuldrechtliche Bindung des Schuldners, das Eigentum auf den Gläubiger weiter zu übertragen, wenn die Ersatzstücke in das Lager einkommen. Die Vereinbarung eines antizipierten Besitzkonstituts ist also dinglich unwirksam, da nur Besitz verschaffen kann, wer selbst eine tatsächliche Sachherrschaft ausübt [126]).

Soll der Gläubiger Eigentum an den Ersatzstücken erwerben, so muß der Schuldner, nachdem er Eigentümer geworden ist, die Uebertragung durch einen neuen, selbständigen Akt vornehmen. Das kann nun so geschehen, daß der Schuldner dem Gläubiger jeweilig mitteilt, welche Ersatzstücke neu angeschafft sind. Diese Mitteilung gilt als Offerte, ohne daß die Annahme vom Gläubiger ausdrücklich erklärt zu werden braucht (§ 151 BGB.). Macht der Gläubiger seinen Willen, das Angebot anzunehmen, irgendwie — etwa durch Einheftung desselben in seine Bücher — kenntlich, so ist damit die Uebereignung zustande

---

[125]) RGE. 30, 142; 56, 54; 59, 146; 62, 126; 100, 192; Gruch. Bd. 46 S. 988; JW. 1911 S. 762 Nr. 21; 1912 S. 797; LZ. 1926 S. 924; OLGE. 20, 66; 31, 309.

[126]) Biermann N. 3b zu § 1205; Hamelbeck, a. a. O. S. 14; Hoeniger, Sicherungsübereignung S. 111 f.; Leonhard, Lehrbuch S. 132 u. i. Vertretung beim Fahrniserwerb S. 46 f.; Wolff, Sachenrecht § 67 I 2. — A. A. Cosack-Mitteis, a. a. O. S. 169; Enneccerus, Allg. Teil § 167 Anm. 5; Hedemann, Sachenrecht S. 228 u. d. Rechtspr., vergl. Anm. 125; — gegen die Annahme, dem antizipierten Besitzkonstitut gewohnheitsrechtliche Gültigkeit zuzusprechen, bestehen die gleichen Bedenken wie in § 12 Anm. 87 (S. 31 f.).

gekommen. Diese Konstruktion ist juristisch unbedenklich, bringt allerdings wegen der laufenden Anzeigepflicht für den Geschäftsverkehr manche Umständlichkeiten mit sich, die aber nicht allzu erheblich sind.

In der Praxis [127]) findet sich besonders häufig die Uebereignung der Ersatzstücke mit Hilfe des § 181 BGB. Der Schuldner nimmt die Einigung über die Eigentumsübertragung im eigenen Namen mit sich als Vertreter des Gläubigers vor. Die Erlaubnis zum Selbstabschluß ist ihm in diesen Fällen regelmäßig vom Gläubiger gegeben. Der Uebereignungswille des Schuldners muß durch irgendwelche schlüssige Handlungen — durch gsonderte Lagerung, Eintragung in die Bücher u. a. — zum Ausdruck kommen. Die Konstruktion ist rechtlich nicht zu beanstanden.

3. Titel: Die Bedenken gegen die Sicherungsübereignung

§ 18

A) Im allgemeinen

Die Sicherungsübereignung hat eine Lücke ausfüllen müssen, die der Gesetzgeber bei der Regelung des Pfandrechts gelassen hat. Das ist geschehen, ohne daß sie im allgemeinen Angriffe gegen ihre rechtliche Zulässigkeit zu erwarten hat, da doch sogar die Sicherungsübereignung von Warenlagern in vollem Umfange von der Rechtsprechung der Gerichte anerkannt ist. Aber gerade deshalb, weil sie als gültig anzusehen ist, ist sie so überaus gefährlich und für den Geschäftsverkehr verderblich.

Der Grund, aus dem heraus die Sicherungsübereignung ohne die betreuende Hand des Gesetzgebers — ein „illegitimes Kind des Verkehrs" [128]) — entstanden ist, ist bekannt. Ihre Berechtigung soll durchaus anerkannt werden. Wirtschaftliche Notwendigkeit zwingt dazu, Kreditmöglichkeiten durch Beleihung der Fahrnis zu schaffen. Daß die Sicherungsübereignung den durch die unzureichende Regelung des Pfandrechts geschaffenen wirtschaftlichen Notstand beseitigt, ist ein Vorzug, ist auch zugleich der einzige Vorzug, der das Institut auszeichnet. Ihm stehen schwerwiegende Mängel gegenüber.

---

[127]) RGE. 86, 262; OLG. München in OLGE. 26, 51; OLG. Augsburg in LZ. 1915, 1042.

[128]) Salinger in Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 409.

Einmal zeigen sie sich im Verhältnis des Gläubigers zum Schuldner. Der Schuldner will Sicherheit geben, er gibt volles Eigentum. Er ist infolgedessen gegen unberechtigte Verfügungen des Gläubigers nicht oder nur mangelhaft geschützt. Er kann den den Betrag seiner Schuld gegen den Gläubiger übersteigenden Mehrwert der übereigneten Sache nicht zugunsten seiner anderen Gläubiger verwerten. Zahlt er bei Fälligkeit nicht, so kann der Sicherungseigentümer mit der Sache verfahren, ohne an gesetzliche Vorschriften gebunden zu sein [129]).

Der weitaus größte Fehler der Sicherungsübereignung liegt aber im Mangel ihrer Erkennbarkeit für Dritte, die mit dem Schuldner in irgendwelchen Beziehungen stehen. Ging die Rechtsentwicklung in den letzten beiden Jahrhunderten dahin, die unersichtliche römische hypotheca zu beseitigen, ging das Bestreben dahin, die äußere Erkennbarkeit bestehender Pfandrechte, bestehender Sicherungsformen zu gewährleisten, so ist diese Entwicklung durch das Emporwuchern der Sicherungsübereignung jäh unterbrochen. Wie tief die Wirkung ihrer Einführung geht, ist wohl am besten daraus zu ersehen, daß Pfandbestellungen im heutigen Geschäftsverkehr zu den Seltenheiten gehören, während Sicherungsübereignungen selbst da vorgenommen werden, wo eine Pfandbestellung an sich durchaus möglich wäre.

In jedem Falle einer Sicherungsübereignung mit Besitzbelassung beim Schuldner ist der wahre Vermögensstand desselben für Dritte nicht mehr erkennbar. Geben sie im Vertrauen auf anscheinend dem Schuldner gehörige Werte Kredit, so kann und wird es in vielen Fällen sich herausstellen, daß der Schuldner gar nicht in der Lage war, einen Kredit in der gegebenen Höhe aufzunehmen. Er kann geradezu darauf ausgehen, durch eine Sicherungsübereignung seine Sachen dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen, ohne daß es nach außen in Erscheinung tritt. Wenn derartige Fälle oft, vielleicht sogar meist auf Grund gesetzlicher Bestimmungen anfechtbar oder nichtig sein werden, so liegt darin, daß das Gegenteil der Fall sein könnte, ein sehr unmoralisches Moment. Das Gesetz sollte dem Schuldner keine Möglichkeit zu Manipulationen dieser Art geben, sie ihm wenigstens nicht so nahe bringen. Aber auch in allen Fällen,

---

[129]) Bonnet, a. a. O. S. 15; Jacusiel, a. a. O. S. 40; Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 438; Staub N. 98, 99 zu § 368. — A. A. Staudinger N. VI z. § 1233, der die Vorschriften der Pfandverwertung (§§ 1233 ff. BGB.) entsprechend anwenden will.

in denen die betrügerische Absicht fehlt und eine redliche Sicherungsübereignung vorgenommen ist, tritt der Mangel der Kenntlichkeit in gleichem Umfange hervor. Es muß immer wieder betont werden: Nicht die mögliche Anfechtbarkeit, sondern die mangelnde Erkennbarkeit ist der Grundfehler der Sicherungsübereignung [130]). Das pfändbare Vermögen des Schuldners wird zugunsten einzelner Gläubiger dem allgemeinen Zugriff tatsächlich entzogen. Man sollte nicht die Unersichtlichkeit des Eigentumsvorbehaltes beim Warenkauf in diesem Zusammenhange nennen. Hier besteht ein schutzwürdiges Interesse des Lieferanten der Waren, die überdies noch nie in das Eigentum des Schuldners übergegangen sind. Ein gleiches Interesse besteht bei der anders gelagerten Sicherungsübereignung nicht. Es darf mit Fug und Recht ausgesprochen werden, daß, je verbreiteter sie geworden ist, um so mehr ein Maßstab für die Kreditwürdigkeit eines Schuldners fehlt. Daß dadurch die Verkehrssicherheit in hohem Maße leidet und daß die vom Gesetz bei der Regelung des Pfandrechts mit Recht angestrebte Offenkundigkeit des Mobiliarkredits fast illusorisch gemacht wird, bedarf keines weiteren Hinweises.

§ 19

B) I. In der Zwangsvollstreckung

In besonderer Schärfe treten die Schäden der Sicherungsübereignung hervor, wenn der Schuldner seinen Verpflichtungen gegenüber den Gläubigern nicht mehr nachkommen kann, so daß diese die Zwangsvollstreckung betreiben oder der Konkurs über das Vermögen des Schuldners eröffnet wird.

Der bei seinem Schuldner pfändende Gläubiger wird oft der Klage eines Dritten ausgesetzt sein, der die Freigabe der gepfändeten Sachen mit der Begründung verlangt, daß sie ihm zur Sicherung übereignet seien [131]). Die Klage ist schlüssig; denn in der Tat ist das Sicherungseigentum genau wie jedes Eigentum „ein die Veräußerung hinderndes Recht" im Sinne des

---

[130]) Bonnet, a. a. O. S. 7; Düringer-Hachenburg, Vbm. 124 z. § 368; Friedlaender i. Schauer-Rost, Kreditsicherung S. 154; Litten i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 213; Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 456, 443.

[131]) Vergl. Berichte des Deutschen Handelstages 50. Jhrg. Nr. 25 S. 7; Nr. 24 S. 20: Feststellungen im Bezirk der Handelskammer Leipzig ergaben, daß von Widerspruchsklagen, die auf Grund § 771 ZPO. erhoben wurden, 40% auf Sicherungsübereignungen sich stützten, und daß von 3 Millionen durch Gerichtsvollzieher vorgenommenen Pfändungen 1/4—1/5 wegen Sicherungsübereignungen aufgehoben werden mußten.

§ 771 ZPO. Mehrfach ist der Versuch gemacht, dem Sicherungseigentümer nur die Rechte nach § 805 ZPO. zuzusprechen [132]), ihn also darauf zu beschränken, vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse der Sicherungssache zu verlangen. Hier offenbart sich die Zwiespältigkeit der Sicherungsübereignung. Gewiß wäre den Interessen der beteiligten Parteien am besten gedient, wenn das Sicherungseigentum als ein Vorzugsrecht im Sinne des § 805 ZPO. angesehen werden könnte. Es gibt jedoch nur eine Alternative [133]): Entweder man erkennt das Sicherungseigentum als Eigentum im Sinne des § 903 BGB. an und kann dann die rechtliche Zulässigkeit der Sicherungsübereignung bejahen oder man hält es für ein verschleiertes Pfandrecht, wendet dessen Regeln an und muß in logischer Weiterverfolgung des Gedankenganges dazu kommen, die Sicherungsübereignung als Umgehung des § 1205 BGB. für nichtig zu halten. Es besteht dagegen nicht die Möglichkeit, einmal die Gültigkeit der Sicherungsübereignung als vom Pfandrecht verschiedene Rechtsform anzunehmen, auf der anderen Seite aber die Vorschriften des Pfandrechts auf sie anzuwenden. Den Sicherungseigentümer auf den Anspruch nach § 805 ZPO. mit der Begründung zu verweisen, daß an den ihm übereigneten Sachen ihm zwar formell-juristisch das Eigentum zustehe, es jedoch materiell-wirtschaftlich im Vermögen des Schuldners verblieben sei [134]), ist rechtlich nicht denkbar. Dem BGB. ist eine derartige Scheidung des Eigentumsbegriffes völlig fremd. Es kennt nur das Eigentum des § 903 BGB. Daneben ein Sicherungseigentum als selbständige Rechtsform schaffen und mit besonderen Rechtsfolgen ausstatten zu wollen, erscheint schon im Hinblick auf den numerus clausus der Sachenrechte nicht möglich. Insoweit ist auch die Wissenschaft und Rechtsprechung, soweit sie die Sicherungsübereignung anerkennt, noch folgerichtig geblieben und gibt dem widersprechenden Gläubiger die Klage nach § 771 ZPO [135]). Nur die Unersichtlichkeit der Sicherungsübereignung bringt es mit sich, daß sich der pfändende Gläubiger immer wieder den Widerspruchsklagen

[132]) Baumbach N. 4 B. z. § 771; Hellwig, Gläubigrnot a. a. O. S. 154; Hoeniger, Sicherungsübereignung S. 37; Kernert i. JW. 1930 S. 2763; Max Wolff i. JW. 1930 S. 1470 ff.

[133]) Vergl. Hoeniger, Sicherungsübereignung S. 35 f.

[134]) Wie Anm. 132.

[135]) Ackermann a. a. O. S. 23; Bauer-Mengelberg i. JW. 1930 S. 2911; Crome, Sachenrecht S. 815; Hamelbeck a. a. O. S. 46; Litten i. Verh. 31 DJT. Bd. 3 S. 203; Marck a. a. O. S. 12; RGR. Komm. N. 6 z. § 930; Staub N. 98 z. § 368; Stein-Jonas N. II 1a z. § 771 und RGE. 91, 279; 99, 143; 102, 386; 124, 73 ff.; RG. i. JW. 1921 S. 1246.

dritter Sicherungseigentümer ausgesetzt sieht. Das ist ein äußerst ungesunder Zustand, treffend gekennzeichnet mit dem Ausdruck Hellwigs: „Gläubigernot" [136]).

§ 20

II. Im Konkurs

Aehnlich unerfreuliche Ergebnisse treten im Konkurs des Sicherungsnehmers wie des Sicherungsgebers zutage. Der erstere Fall sei vorweggenommen, weniger, um daran die Notwendigkeit des Verschwindens der Sicherungsübereignung darzutun, als um ihren juristischen Januskopf in aller Schärfe zu zeigen. In diesem Falle muß der Sicherungsgegenstand nach dem klaren Wortlaut des § 1 KO. in die Konkursmasse fallen. Das Wort „gehören" an dieser Stelle kann nur im rein rechtlichen Sinne wie in anderen Bestimmungen der Rechtsordnung verstanden werden [137]). Wer Eigentümer einer Sache ist, dem „gehört" sie auch. Die Rechtsprechung der Gerichte hat hier ein Doppeleigentum konstruiert. Nur das, was „materiell-wirtschaftlich" im Vermögen des Gemeinschuldners sich befindet, soll ihm im Sinne der KO. „gehören", nicht aber das, was ihm nur formell-juristisch zu eigen ist [138]). Der Sicherungsgeber, der danach materiell-wirtschaflich noch der Eigentümer ist, erhält also einen Aussonderungsanspruch, während er auf eine Konkursforderung beschränkt sein müßte. Eine Berufung auf die Entstehungsgeschichte der KO. [139]) kann diese Ansicht angesichts des Wortlautes des Gesetzes, der Zweifel nicht zuläßt, nicht begründen.

Gerät der Uebereigner in Konkurs, so offenbart sich wieder die Sicherungsübereignung in ihrer ganzen Mangelhaftigkeit. Gläubiger, die auf Grund des ihnen ersichtlichen Vermögensstandes des Gemeinschuldners eine angemessene Quote erwarten, müssen oft erfahren, daß die nennenswerten Vermögens-

---

[136]) Hellwig i. Gläubigrnot a. a. O.

[137]) Cosack-Mitteis a. a. O. S. 167; Marck a. a. O. S. 12; Salinger i. Verh. 31, DJT. Bd. 3 S. 436.

[138]) RGE. 35, 79; 45, 85; 53, 417; 55, 391; 79, 121; 84, 217; 91, 14; 94, 307 usf. — Ebenso Jaeger N. 40 z. § 43; Mentzel, Komm. z. KO. N. 5 z. § 1, N. 2 z. § 43; RGR. Konn. N. 6 z. § 930; Staub N. 112 z. § 368.

[139]) Vergl. die Prot. der Reichstagskommission 1875/76 S. 28 ff., S. 127 ff., 163 ff., 172: Durch § 35 (jetzt 43) KO. solle nicht die Zurückforderung von Wechseln pp., sofern sie dem Gemeinschuldner nur zur Einziehung oder zum Zwecke seiner Sicherstellung übergeben seien, ausgeschlossen sein.

werte bereits anderen zur Sicherung übereignet sind — ein Fall, der täglich in der Praxis vorkommt. Entsprechend dem Wortlaut der §§ 1, 43 KO. kann der Sicherungseigentümer kraft seines Eigentums die ihm übereigneten Gegenstände aussondern. Das Ergebnis ist juristisch unvermeidlich [140]). Trotzdem greift die Rechtsprechung und h. M. ein. Jetzt wird aber nicht die Scheidung in materiell-wirtschaftliches und formell-juristisches Eigentum vorgenommen. Das würde ja dazu führen, daß der Sicherungseigentümer sich nicht auf sein Eigentum berufen könnte und auf eine Konkursforderung beschränkt wäre, da „materiell-wirtschaftlich" die Sachen dem Schuldner gehörten. „Zweckmäßigkeitserwägungen" [141]) entsprechend kann der Gläubiger abgesonderte Befriedigung wegen seiner Forderung aus den ihm übereigneten Gegenständen verlangen. Er wird also dem Pfandgläubiger gleichgestellt (§ 48 KO.). Wenn wirklich die von der h. M. vorgenommene Behandlung des Sicherungseigentums im Falle des Konkurses gewohnheitsrechtliche Gültigkeit [142]) erlangt hat, so spricht das eher gegen als für die Sicherungsübereignung. Die Praxis hat, um zu praktisch annehmbaren Ergebnissen zu kommen, für den Konkurs die Grenze zwischen Sicherungseigentum und Pfandrecht völlig verwischt. Dadurch werden Unklarheiten geschaffen, die der Rechtsverkehr nicht verträgt.

§ 21

III. Im Steuerrecht.

Die Nachgiebigkeit der Rechtsprechung auf dem Gebiete des Konkurses hat dazu geführt, daß der Reichsfinanzhof [143]) aus rein fiskalischen Erwägungen den Standpunkt eingenommen hat, das Sicherungseigentum sei kein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 328 RAbgO. Es gewähre vielmehr nur ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung nach § 346 RAbgO. Das bedeutet, daß der Staat, der bei seinem Steuerschuldner einem anderen zur Sicherung übereignete Ge-

[140]) Ackermann a. a. O. S. 61; Bonnet a. a. O. S. 14; Salinger i. Verh. 31 DJT. Bd. 3 S. 437.

[141]) Jaeger N. 13 z. § 48; Mentzel, Komm. z. KO. N. 2 z. § 43; Staub Nr. 111 z. § 368 und RGE. 24, 45; 91, 12, 280; Warn. 10 Nr. 38; Seuff. A. Bd. 77 S. 261.

[142]) Vergl. Jaeger N. 40 z. § 43; a. A. Ackrmann a. a. O. S. 62.

[143]) Gutachten des Rfh. v. 8. 6. 1926, Sammlg. Bd. 19 S. 126.

genstände pfändet, den widersprechenden Eigentümer auf den Weg der vorzugsweisen Befriedigung verweisen kann.

Der Rfh. geht davon aus, daß in steuerrechtlicher Beziehung gemäß § 98 Abs. 1 S. 1 RAbgO. nur der als Eigentümer angesehen werden kann, der eine Sache „als ihm gehörig" besitzt. Wirtschaftliche Erwägungen sind für die Beurteilung maßgebend. Nach dem Rfh. ist der Sicherungsgeber aber materiell-wirtschaftlich Eigentümer geblieben, da er Dritten gegenüber über die Sache wie ein Eigentümer verfüge. Die Sicherungsübereignung soll also entsprechend ihrem wirtschaftlichen Zweck als eine Pfandbestellung anzusehen sein. Ohne Rücksicht auf § 1205 BGB. wird sie trotz Besitzbelassung beim Schuldner für gültig gehalten.

Die Stellungnahme des Reichsfinanzhofes läßt sich nicht rechtfertigen. § 328 RAbgO. stimmt mit § 771 ZPO. an der maßgeblichen Stelle wörtlich überein. Die Worte „ein die Veräußerung hinderndes Recht" hier anders wie dort auszulegen, kann nur dann möglich sein, wenn nach dem Gesetz etwas für eine verschiedene Auslegung spricht. Der Eigentumsbegriff des Steuerrechts, wie er in § 98 RAbgO. seinen Niederschlag gefunden hat, kann seinem Wesen nach nur für das Verhältnis zwischen Staat und Steuerschuldner Anwendung finden. Darüber hinaus ihn für das gesamte Gebiet der Steuergesetzgebung gelten zu lassen, besteht keine rechtliche Grundlage. Es bleibt daher auch kein Platz für eine Auslegung des § 328 RAbgO. in dem Sinne, daß nach materiell-wirtschaftlichen im Gegensatz zu formell-juristischen Gesichtspunkten zu verfahren sei. Die Zulässigkeit der Beurteilung des § 328 RAbgO. nach steuerrechtlichen Normen ist nicht gesetzlich anerkannt.

Im übrigen lassen allgemeine Erwägungen nach Treu und Glauben eine andere Auslegung nicht zu. Hätte der Reichsfinanzhof Recht, so würde, wenn der Staat als Sicherungseigner auftritt, er die Rechte des § 771 ZPO. für sich in Anspruch nehmen können. Würde dagegen ein Dritter der Pfändung der ihm zur Sicherung übereigneten Sachen durch den Staat widersprechen wollen, so könnte er nur vorzugsweise Befriedigung verlangen. Die Einheitlichkeit des Rechtes darf einer einseitig fiskalischen Betrachtungsweise nicht zum Opfer fallen [144]).

---

[144]) Gegen den Rfh. die Rechtsprchung: RG. v. 9. 4. 29, VII 536/28, OLG. Frankfurt i. JW. 1927 S. 1766; LG. Cleve JW. 1927 S. 1775 und Jacusiel a. a. O. S. 36; Hamelbeck a. a. O. S. 51; RGR. Komm. N. 6 z. § 930. Zustimmend nur OLG. Königsberg i. JW. 1928 S. 242; Staub N. 98 z. § 368.

§ 22

4. Titel: Reformvorschläge

Die Versuche der Praxis — im Konkursverfahren wie im Steuerrecht — bezwecken offenbar, die der Unersichtlichkeit entspringenden Schäden abzuschwächen. Das Ergebnis ist eine Verwirrung des Rechtszustandes, ohne daß das Uebel an der Wurzel gefaßt wird. Der Grundsatz, daß bestehende Pfandrechte nach außen erkennbar sein müssen, dieser Grundsatz, der mit der Einführung des BGB. scheinbar verwirklicht war und der praktisch durch die Rechtsform der Sicherungsübereignung außer Geltung gesetzt ist, muß wieder Leben gewinnen und völlig durchgeführt werden.

Ein radikales Verbot der Sicherungsübereignung[145]) ist, ohne daß ein Ersatz an ihre Stelle gesetzt wird, mit Rücksicht auf die Verkehrsbedürfnisse, die die Sicherungsübereignung erst geschaffen haben, nicht möglich[146]). Für Schuldner, die auf den Besitz der ihnen zur Verfügung stehenden Fahrnis angewiesen sind, ist nach dem Stande der Gesetzgebung neben der Sicherungsübereignung kein Mittel gegeben, sich damit den nötigen Kredit zu beschaffen. Ein Verbot würde die Kreditnot weiter erheblich steigern.

An Vorschlägen, die die Nachteile der Sicherungsübereignung mindern oder beseitigen wollen, hat es nicht gefehlt. Sie wurden häufiger, je weitere Verbreitung die Sicherungsübereignung fand. Die Reformvorschläge wollen einerseits auf die Rechtsprechung einwirken, andererseits den Gesetzgeber zum Einschreiten veranlassen.

Der Rechtsprechung werden zwei angeblich gangbare Wege gewiesen. Bekanntlich trägt in Prozessen, die der Sicherungseigentümer gegen den beim Schuldner pfändenden Gläubiger nach § 771 ZPO. führt, der letztere die Prozeßkosten, wenn jener sein Eigentum an den gepfändeten Sachen nachweist. Das ist wohl hart für den dritten Gläubiger, ergibt sich aber aus § 91 ZPO. Zwar kann er sofort den Anspruch des Sicherungseigentümers anerkennen und wird dann von der Kostenlast gemäß § 93 ZPO. befreit[147]). Damit begibt er sich aber der Möglichkeit, den Sicherungsnehmer zum Nachweis seines Eigen-

[145]) Das will Hoeniger, Sicherungsübereignung S. 53.
[146]) Bonnet a. a. O. S. 8; Düringer-Hachenburg Vbm. 124 z. § 368; Marck a. a. O. S. 69; Salinger i. Verh. 31 DJT. Bd. 3 S. 448.
[147]) Stein-Jonas N. II 2 z. § 93.

tums zu zwingen. Die unerwünschte Kostenfolge in diesen Interventionsprozessen soll die Anwendung des § 94 ZPO. vermeiden [148]). Diese Vorschrift setzt voraus, daß auf den Kläger ein Anspruch übergegangen ist. Das heißt nichts anderes, als daß er in der Person des Veräußerers bereits bestanden hat. Der Sicherungseigentümer aber hat den Anspruch, auf den er seine Klage stützt, erst unmittelbar durch die Uebereignung erworben. Für diesen Fall gilt der § 94 ZPO. nicht und ist auch nicht entsprechend anwendbar [149]).

Ferner soll die Rechtsprechung veranlaßt werden, den § 805 ZPO. auf die Sicherungsübereignung anzuwenden [150]). Der Gläubiger könnte selbständig pfänden, ohne auf das Vorgehen des Sicherungseigentümers warten und ohne dessen Widerspruch nach § 771 ZPO. befürchten zu müssen. Der Weg ist aber rechtlich nicht zulässig [151]), denn die Sicherungsgegenstände werden nun einmal nicht verpfändet, sondern zu Eigentum übertragen. Für analoge Anwendung von Pfandrechtsvorschriften ist kein Raum.

Wahre Abhilfe würde damit nicht gebracht. Die Unerkennbarkeit der Sicherungsübereignung bliebe immer bestehen. Mit einer Zurückdrängung der Rechtsform durch die Rechtsprechung in der vorgeschlagenen Art würde auch ihr Vorzug, als Kreditunterlage dienen zu können, in gleichem Umfange verloren gehen.

Die Beseitigung der Schäden kann nur durch den Gesetzgeber erfolgen. Anregungen sind manigfach gegeben. Soweit sie sich nicht in erster Linie gegen die Heimlichkeit der Sicherungsübereignung richten, können sie keine wesentliche Besserung des Rechtszustandes bringen und sollen im folgenden mehr oder weniger nur registriert werden.

Eine Erweiterung der Anfechtungsbestimmungen des Anf. G. und der KO. wird von weiten Kreisen vorgeschlagen.

Nach § 3 Ziff. 1 Anf. G. sind anfechtbar „Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Teil bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat". Das Vorliegen einer Benachteiligungsabsicht bei einer Sicherungsübereignung zu beweisen, wird dem anfechtenden Gläu-

---

148) Hellwig, Gläubigernot a. a. O. S. 141 ff.
149) Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 452; Stein-Jonas N. 1 z. § 94.
150) Hellwig, Gläubigernot a. a. O. S. 141 ff.
151) Vergl. S. 45 ff., insbes. Anm. 135.

biger nur in den seltensten Fällen möglich sein. Rehbein [152]) wünscht nun eine Aenderng der Vorschriften dahin, daß Sicherungsübereignungen unter Ausschaltung aller subjektiven Momente dann anfechtbar sein sollen, wenn Gläubiger durch sie in unbilliger Weise benachteiligt werden. Eine unbillige Benachteiligung der Gläubiger soll insbesondere in der Verletzung ihres Rechtes auf anteilmäßige Befriedigung liegen. Die Beurteilung soll dem richterlichen Ermessen überlassen werden. Bei einer solchen Regelung würden oft durchaus reelle Sicherungsübereignungen getroffen werden. In dem Vorschlag liegt eine den Grundtendenzen unserer Rechtsordnung widersprechende Ungerechtigkeit gegen jeden gutgläubigen Sicherungsgläubiger [153]). Der Vorschlag hat wenig Anklang gefunden.

Der Anregung, die Anfechtung von Sicherungsübereignungen durch eine Umkehrung der Beweislast zu erleichtern, ist regere Unterstützung zuteil geworden. Der Sicherungsgläubiger soll in Ausdehnung der in § 30 Ziff.2 KO. (entsprechend § 3 Anf. G.) getroffenen Bestimmungen den Beweis führen, daß ihm zur Zeit des Vertragsschlusses die Absicht des Sicherungsgebers, andere Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt war [154]). Auch hier liegt die Gefahr nahe, daß reelle Sicherungsübereignungen getroffen werden. Es dürfte nicht leichter sein, die Vermutung der Benachteiligungsabsicht zu widerlegen als das Vorliegen dieser Absicht zu beweisen. Kann jetzt von einem Beweisnotstand des anfechtenden Gläubigers gesprochen werden, so wird mit nicht geringerer Berechtigung von einem gleichen Notstand des Sicherungseigentümers die Rede sein können. Auch ist es rechtspolitisch nicht gerade empfehlenswert, einem Rechtsgeschäft, das für rechtlich zulässig gehalten wird, von vornherein die Vermutung zu unterstellen, daß es in fraudulöser Absicht abgeschlossen sei [155]).

Reformvorschläge dieser Art erübrigen sich, sobald die Sicherungsübereignung ihres größten Nachteils, der mangelnden Erkennbarkeit, entkleidet ist.

Wer dem Schuldner kraft Gesetzes die Pflicht auferlegen will, die von ihm abgeschlossenen Sicherungsübereignungsverträge seinem Gläubiger mitzuteilen, etwa derart, daß er sie in ein besonderes, auf Verlangen vorzulegendes Handelsbuch ein-

[152]) In JW. 1910 S. 605 ff.
[153]) Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 455.
[154]) Ein dahingehender Antrag Littens ist vom 31. DJT. mit erheblicher Mehrheit angenommen, vergl. Verh. Bd. 3 S. 258.
[155]) Feilner a. a. O. S. 76.

zutragen hat[156]), der wird damit die Erkennbarkeit durchaus noch nicht gewährleisten. Den Schuldner zur Erzwingung dieser privatrechtlichen Verpflichtung mit öffentlich-rechtlichen Strafen zu bedrohen, ist nicht unbedenklich. Auch bei einer solchen Strafandrohung dürfte der Schuldner seiner Mitteilungspflicht nur in seltenen Fällen nachkommen.

Eine amtliche Versiegelung der zur Sicherung übereigneten Sachen begründet in manchen, aber nicht in allen Fällen eine genügende Erkennbarkeit. Die praktische Durchführung stößt auf große Schwierigkeiten, besonders, wenn es sich um eine größere Menge von Sachen handelt. Auch die Frage, welche Rechtsfolgen es hat, wenn das Siegel zufällig oder böswillig abgelöst wird, ist überaus heikel. Die Einführung eines solchen „Siegelpfandes" als des alleinigen Mittels der Kenntlichmachung ist daher wenig zweckmäßig[157]).

Als einziges Mittel, das den bestehenden Notständen abhelfen könnte, bleibt das Register. Damit erhebt sich die Frage, ob die Sicherungsübereignung beibehalten und mit dem Eintragungszwange ausgestattet werden soll. Einmal führt aber das Verhältnis zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer zu großen Unzuträglichkeiten. Außerdem hat die Sicherungsübereignung in unsere Rechtsordnung nur aus dem Grunde Eingang gefunden, weil die Möglichkeit fehlt, ein Pfandrecht unter Belassung des Besitzes der Pfandsache beim Schuldner zu bestellen. Es ist daher unbedingt zu fordern, daß die Sicherungsübereignung aus dem Geschäftsleben verschwindet und dem Registerpfandrecht, einer Pfandrechtsform, welche die Interessen des Schuldners und seiner Gläubiger gleichermaßen wahrt, Platz macht.

---

[156]) Vorschlag des Bankausschusses des Industrie- und Handelstages, vergl. Merzbach i. B. A. 1926 S. 183 ff.

[157]) Geiler i. Verh. 32. DJT. S. 190; Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 458; vergl. Leonhard, Lehrbuch S. 154.

Dritter Abschnitt:

Das Registerpfandrecht

1. Titel:

§ 23

A) Die Bestrebungen auf Einführung eines Registerpfandrechts in Deutschland.

Das Registerpfandrecht ist dem deutschen Recht nicht fremd. Während in den meisten Territorien Deutschlands das Faustpfand die römische Mobiliarhypothek ablöste, setzte sich in einigen Gebieten das Registerpfandrecht durch. In Schleswig-Holstein bestand noch bis zur Einführung des Holsteinischen Grundbuchgesetzes vom 27. 5. 1873 ein „Schuld- und Pfandprotokoll", in dem jeder Einwohner sich eine Hypothek am beweglichen oder unbeweglichen Vermögen eintragen lassen konnte [158]). Desgleichen gab es in Oldenburg bis in die neuere Zeit ein Registerpfandrecht.

Nach der Einführung des Faustpfandprinzips in den Reichsjustizgesetzen sowie gelegentlich der Beratung und Ausarbeitung eines bürgerlichen Gesetzbuches befaßte man sich wieder mit der Frage der Schaffung eines Registerpfandrechts neben dem Faustpfand. Gab es für die Beseitigung der Mobiliarhypothek ohne Eintragungszwang nur eine Ansicht, so waren die Meinungen über das Registerpfand geteilt. Anläßlich des 15. Deutschen Juristentag im Jahre 1881 kam das Problem zur Sprache. Der Berichterstatter Wiener gab in seinem Referat über die Zulassung des Besitzkonstituts anheim, „zu erwägen, ob nicht zwecks Eintragung von Veräußerungen zu wirtschaftlichem und gewerblichem Verbrauch bestimmter Mobiliarkomplexe, die nicht von wirklichem und dauerndem Besitzwechsel begleitet sein sollten, Anlegung eines öffentlichen Registers zweckmäßig sei, mit der Wirkung, daß dann nur die eingetragenen Geschäfte einen Herausgabeanspruch gäben" [159]). Trotz Befürwortung seitens R. Leonhard's [160]), der darauf hinwies, daß bei strenger Durchführung des Faustpfandprinzips eine Menge

---

[158]) Nach §§ 1, 2, 5 der generellen und uniformen Konstitution wegen der Schuld- und Pfandprotokolle vom 10. 9. 1734.

[159]) Wiener i. Verh. 15. DJT. S. 84 ff.

[160]) In Verh. 15. DJT. S. 102 ff.

Kapital und Arbeitskräfte brachliegen würden, bekannte sich der Juristentag zu der These: „Zur Begründung eines Pfandrechts an Mobilien ist das constitutum possessorium nicht ausreichend" [161]).

Die Frage des Registerpfandes ist im ersten Entwurf zum BGB. [162]) angeschnitten, aber mit der Begründung abgetan, daß das Registerpfand wegen der Veränderlichkeit der beweglichen Sachen und der schwierigen Feststellung ihrer Indentität für Kreditsicherungen nicht geeignet sei [163]). In richtiger Voraussicht der sich ergebenden Unzuträglichkeiten wurde von der Kritik [164]) darauf hingewiesen, daß mit der Einrichtung eines öffentlichen Pfandregisters wirtschaftlich verderblichen Geschäften wie der Sicherungsübereignung wirksam begegnet würde. Insbesondere wurde mehrfach ein Registerpfandrecht an Sachgesamtheiten und ungetrennten Bodenerzeugnissen gefordert. Erfolge wurden nicht erzielt, da man eine Unsicherheit für den Kreditverkehr befürchtete [165]). Das Bedürfnis nach einem Registerpfand für Bodenerzeugnisse wurde nicht für gegeben erachtet [166]).

Im gleichen Umfange, wie die Mängel der gesetzlichen Regelung des Pfandrechts nach der Einführung des BGB. hervortraten, wurden die Stimmen laut, die sich für das Registerpfand verwandten. In den Jahren 1907—1911 erreichte die Bewegung ihren Höhepunkt. Die Ansichten waren sowohl in den Kreisen der Juristen [167]) wie der beteiligten Wirtschaftskreise geteilt. Der 31. Deutsche Juristentag im Jahre 1910 befaßte sich wiederum eingehend mit der Frage des Registerpfandes [168]). Der Juristentag lehnte aber selbst den äußerst zurückhaltenden Antrag des Referenten Litten, nämlich zu erwägen, ob neben dem Pfandrecht nicht auch ein Registerpfandrecht an Mobilien zuzulassen und die Sicherungsübereignung mit Besitzvorbehalt zu

[161]) Verh. 15. DJT. S. 101.
[162]) Prot. Bd. 3 S. 20.
[163]) Vorl. des Redaktors z. Sachenrecht III S. 1806 ff.; vergl. Mot. Bd. 3 S. 806 ff.
[164]) Gierke, Entwurf Seite 288; Scholler, Gutachten a. d. Anwaltsst. S. 371 ff.; die Meinung der Handelskammern war geteilt, vergl. Denkschr d. Zentr. Verb. S. 12.
[165]) Mot. z. BGB. Bd. 3 S. 801.
[166]) Mugdan, Materialien Bd. 3 S. 911 I c.
[167]) Vergl. Linckelmann i. Arch. bgl. Recht Bd. 7 S. 209 ff.
[168]) Vergl. das Gutachten Salingers i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 409 ff.: „Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in Bezug auf die Sicherungsübereignung?" und das Referat Littens i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 218.

verbieten sei, mit Stimmengleichheit ab und beschränkte sich darauf, eine Verschärfung der Anfechtungsbestimmungen des Anf. G. und der KO. sowie die Abänderung des § 805 ZPO. zu empfehlen [169]).

Auch Vertreter des Handels, der von den Schäden der Sicherungsübereignung vielleicht am meisten betroffen wird, drängten auf Abhilfe, ohne allerdings eine einheitliche Front herstellen zu können. Während sich auf Befragung die meisten Handelskammern für die Einführung des Registerpfandes einsetzten, sprachen sich die Aeltesten der Kaufmannschaft in Berlin bezeichnenderweise dagegen aus [170]). Auch der Deutsche Handelstag von 1910 kam zu keinem Ergebnis [171]). Ebenso führten Petitionen aus den Wirtschaftskreisen an den Reichstag gesetzgeberische Maßnahmen nicht herbei.

In der Zeit nach dem Kriege setzten die Erörterungen über diese Frage — zunächst im Hinblick auf die Beschaffung ausländischer Veredelungskredite für die Industrie — bald wieder ein. Der 32. Deutsche Juristentag im Jahre 1921 kam zu dem Ergebnis, daß die Einführung eines Registerpfandrechts geboten sei [172]). Folgende Leitsätze wurden angenommen:

„1. Das Faustpfand als einzige Rechtsform der Mobiliarbeleihung reicht nicht aus. Es besteht darüber hinaus ein volkswirtschaftlich und privatwirtschaftlich berechtigtes Bedürfnis nach Beleihung auch solcher Gegenstände, deren Besitz der Kreditbedürftige nicht entbehren kann [173]).

2. Zu disem Zwecke ist die Schaffung eines Pfandrechts an Mobilien ohne Besitzübertragung, jedoch unter Einführung des Registerzwanges erforderlich" [174]).

Die Meinungen der Wirtschaftskreise gingen noch immer stark auseinander, wenn auch der Ruf nach dem Registerpfande in der Folgezeit nicht verstummte. Eine Eingabe des Zentralverbandes des Deutschen Großhandels vom 18. 6. 1925 in Gestalt einer Denkschrift veranlaßte die Reichsregierung, erneut Stellung zu nehmen. Ein vollständiger Gesetzentwurf wurde ausgearbeitet und durch die Abgeordneten Keinath, Esser, Koch-

---

169) Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 218.
170) Vergl. Denkschrift des Zentr. Verb. S. 13.
171) Berichte des DHT. 1910, 1911.
172) Geiler i. Verh. 32. DJT. S. 185 ff.; Melchior i. Verh. 32. DJT. S. 203 ff.
173) Verh. 32. DJT. S. 189.
174) Verh. 32. DJT. S. 224.

Weser und Genossen dem Reichstag vorgelegt [175]). Eine daraufhin vom Deutschen Industrie- und Handelstag bei allen Industrie- und Handelskammern veranlaßte Umfrage ergab, daß sich nur etwa ⅓ der befragten Kammern äußerten. Diese lehnten vorwiegend die Einführung eines Registerpfandrechts ab [176]). Während ein zu dieser Zeit dem Reichstag vorgelegter Entwurf zu dem „Gesetze betr. die Ermöglichung der Kreditbeschaffung für landwirtschaftliche Pächter", der den Gedanken der Registerpfandes auf einem speziellen Gebiete verwirklichte, Gesetz geworden ist [177]), ist der Antrag Keinath und Genossen dem volkswirtschaftlichen Ausschuß des Reichstags überwiesen und dem Plenum bisher nicht wieder vorgelegt.

§ 24

B) Das Registerpfandrecht im geltenden deutschen Recht

Die Bestrebungen, die die Einführung eines Registerpfandrechts bezwecken, stellen sich durchaus nicht mit Grundsätzen des geltenden Rechts in Widerspruch [178]).

Das BGB. kennt ein Registerpfandrecht an Schiffen. Zwar gilt auch für Schiffe, die bekanntlich bewegliche Sachen im Sine des § 90 BGB. sind, der Grundsatz, daß ein Pfandrecht an ihnen nur durch körperliche Uebergabe zur Entstehung kommen kann. Soweit es sich aber um in das Schiffsregister eingetragene Schiffe handelt, gelten besondere Vorschriften. In das Schiffsregister sind Seekauffahrteischiffe eintragbar, soweit sie zur Führung der Reichsflagge befugt sind [179]), und gewisse größere Binnenschiffe [180]). Die Entstehung eines Pfandrechts an eingetragenen Schiffen hat neben der Einigung über die Pfandbestellung zur Voraussetzung, daß das Pfandrecht in das Schiffsregister eingetragen wird (§ 1260 Abs. 1 BGB.). Die weitere Regelung des Schiffspfandrechts (§§ 1259 ff. BGB.) ist in der Hauptsache in Anlehnung an die Faustpfandsätze des BGB. erfolgt, während in einzelnen Punkten hypothekenrechtliche Grundsätze Anwendung finden. Der Vertrauensschutz Dritter hat aber eine besondere Ausgestaltung erfahren. Das Register

---

[175]) Drucks. d. Deutsch. RT. III. Wahlper. 1924/26 Nr. 1811.
[176]) Vergl. Denkschr. d. Reichsministers der Justiz S. 7.
[177]) Gesetz v. 9. 7. 1926, RGBl. I S. 399.
[178]) Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 475; a. A. Denkschr. d. Reichsmin. d. Just. S. 11.
[179]) Reichsflagg. Ges. v. 22. 6. 1899 §§ 4 ff.
[180]) Binnenschiffshrtsges. (Fass. v. 20. 5. 1898) §§ 119 ff.

kann öffentlichen Glauben nicht beanspruchen. Ein Publizitätsschutz ist nur gegeben, wenn ein Pfandrecht wirklich besteht (§ 1262 BGB.).

Der Gesetzgeber hat sich bei der Einführung eines Registerpfandrechts an Schiffen durchaus von praktischen Erwägungen leiten lassen. Der Pfandgläubiger wird in den weitaus meisten Fällen es ablehnen, das Schiff in Besitz zu nehmen. Einmal verursacht der Besitz eines Schiffes erhebliche Kosten, andererseits wird der Schuldner durch die Aufgabe des Besitzes ganz empfindlich geschädigt, da er das Schiff nicht mehr zu gewinnbringenden Fahrten verwenden kann. Gefahren für den Rechtsverkehr entstehen aber nicht, da genaue Angaben über das verpfändete Schiff zur sicheren Feststellung der Indentität ohne Schwierigkeit gemacht werden können. Sie sind bereits in allen modernen Schiffsregistern enthalten. Die Kenntlichkeit ist durch die Eintragung des Pfandrechts in das Register also immer auch bei weiter Entfernung des Schiffes vom Heimathafen genügend gewahrt.

Die Ausgestaltung der Pfandrechtsbestellung an in Bau befindlichen Schiffen war zunächst noch nach Art. 20 des EG. zum HGB. der Landesgesetzgebung[181]) überlassen. Auf Grund des Reichsgesetzes vom 4. 7. 1926[182]) wird jetzt ein Pfandrecht an einem auf einer Schiffswerft in Bau befindlichen Schiffe durch Einigung und Eintragung in ein besonderes „Register für Pfandrechte an in Bau befindlichen Schiffen" bestellt, auf das die Vorschriften über das Schiffspfandrecht entsprechende Anwendung finden. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhange die Begründung des Reichsjustizministeriums, die es zu dem am 17. 12. 1925 überreichten Entwurf für die Einführung eines Registerpfandrechts an in Bau befindlichen Schiffen gegeben hat, „. . . daß nämlich die für die Schaffung ausreichender dinglicher Sicherheit bisher zur Verfügung stehenden Rechtsformen der Faustpfandbestellung und der Sicherungsübereignung sich wegen der Schwerfälligkeit und wegen der mangelnden Oeffentlichkeit der dadurch begründeten dinglichen Rechte als unzulänglich erwiesen haben".

Nach dem Kabelpfandgesetz vom 31. 3. 1925[183]) bedarf es zur Bestellung eines Pfandrechts an einem Hochseekabel neben

---

[181]) Registerpfandrechte in Bremen 1899, Oldenburg 1903, Hamburg 1924 eingeführt.

[182]) RGBl. I S. 367.

[183]) RGBl. I S. 37.

der Einigung des Eigentümers des Kabels und des Gläubigers der Eintragung des Pfandrechts in das Kabelbuch (§ 2 d. G.). Die Regelung ist ähnlich der des Schiffspfandrechts erfolgt. Das Kabelpfandrecht geht bei Veräußerung des Kabels an einen gutgläubigen Dritten nicht unter (§ 6). Bemerkenswert ist es, daß auch ein Höchstpfandrecht, bei dem die Feststellung der Forderung vorbehalten bleibt, bestellt werden kann (§ 13). Das Kabelbuch wird auf Verlangen des Verpfänders angelegt und von dem Amtsgericht Berlin-Mitte als Kabelbuchamt geführt (§16). Die Einsicht in das Kabelbuch wird bei Nachweisung eines berechtigten Interesses gestattet (§ 17).

Schließlich kann nach dem Gesetze betr. die Ermöglichung der Kapitalkreditbeschaffung für landwirtschaftliche Pächter vom 9. 7. 1926 [184]) der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks an dem ihm gehörenden Inventar einem zugelassenen Kreditinstitut zur Sicherung eines ihm gewährten Darlehns ein Pfandrecht ohne Besitzübertragung bestellen (§ 1 d. G.). Das Pfandrecht entsteht durch Einigung und Niederlegung des Verpfändungsvertrages bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk der Sitz des Betriebes sich befindet (§ 2). Die Einsicht in die bei dem Amtsgericht niedergelegten Verpfändungsverträge ist jederann gestattet, der ein berechtigtes Interesse nachweist.

C) Das Registerpfandrecht im ausländischen Recht.

§ 25

I. England.

Auch in ausländischen Rechten finden sich mehrfach Registerpfandrechte.

In England [185]) gibt es zwei Wege, den Erfolg einer Verpfändung herbeizuführen. Das Faustpfand (pawn, pledge) — ursprünglich die einzige Pfandform — entspricht dem Pfandvertrage des deutschen Rechts. Das Pfandrecht wird durch Uebertragung des Besitzes der beweglichen Sachen (goods and chattels) auf den Gläubiger zur Sicherung einer Geldforderung oder Erfüllung einer sonstigen Verbindlichkeit bestellt. Daneben gibt es seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts eine auf Ge-

[184]) RGBl. I S. 399.

[185]) Dazu Denkschr. d. Zentr. Verb. S. 23; Denkschr. d. Reichsmin. d. Just. S. 22 f.; Feilner a. a. O. S. 84 ff.; Hoeniger, Sicherungsübereignung S. 3 f.; Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 466 f.; Schauer-Rost (Kappe), Kreditsicherung S. 19 ff.; Weisweiler a. a. O. S. 38 f.

wohnheitsrecht beruhende bedingte Uebereignung einer Sache zur Sicherung einer Forderung, die „bill of sale". Der Schuldner bleibt dabei — ähnlich wie bei der Immobiliarhypothek (mortgage of land) — im Besitz der Pfandsache (mortgage of personal chattels). Die Gültigkeit einer bill of sale ist an die Eintragung in ein Register geknüpft. Um deswillen rechtfertigt sich, wenn es sich auch um eine Sicherungsübereignung, kein Pfandrecht handelt, ein näheres Eingehen auf diese Rechtsform, denn auf die Frage der Registrierung kommt es letzten Endes an.

Mißständen, die mangels einer gesetzlichen Regelung der Rechtsform in Erscheinung traten, wurde durch mehrere Gesetze begegnet. Die bill of sale in ihrer heutigen Form beruht auf dem Gesetz vom 22. 7. 1878 sowie den ergänzenden Amendement Acts vom 18. 8. 1882, 18. 8. 1890 und 21. 6. 1891.

Die bill of sale ist ein urkundlicher Akt (deed), durch den jemand das Eigentum an einer ihm gehörigen Sache zur Sicherung einer bestimmten Forderung auf den Gläubiger überträgt. Die Eigentumsübertragung kann bedingungslos erfolgen (absolute bill of sale). Handelt es sich um die Sicherung einer Geldforderung, so findet die Uebereignung regelmäßig unter der auflösenden Bedingung der Zahlung einer bestimmten Geldsumme statt (conditional bill of sale).

Für die anläßlich der bill of sale zu errichtende Urkunde ist ein bestimmtes Formular vorgeschrieben. Erforderlich ist ferner, daß zu dem urkundlichen Akt mindestens ein Zeuge zugezogen wird, der genau vorgeschriebene Erklärungen abzugeben und diese vor einem Beamten zu beschwören hat (Affidavit). Die Urkunde muß von einem Solicitor beglaubigt werden. Als Anlage ist ihr ein genaues Verzeichnis der übereigneten Sachen beizufügen. Ist die Urkunde oder das Affidavit in wesentlichen Punkten fehlerhaft, so ist die ganze bill of sale nichtig.

Nur bestimmte Sachen (personal chattels) können durch bill of sale auf den Gläubiger übertragen werden. Das Gesetz bringt eine ausschließliche Aufzählung. Dazu gehören beispielsweise Handelswaren, Möbel, Werkzeuge und Maschinen in Fabriken und Werkstätten usf. Auch mit dem Grundstücke fest verbundene Zubehörstücke (fixtures) sowie die heranwachsende Ernte (crowing crops) können übereignet werden. Nicht übertragbar sind vor allem Rechte an Grundstücken, Forderungen und Wertpapiere. Die übereigneten Sachen müssen dem Schuldner gehören, der gute Glaube an sein Eigentum wird nicht ge-

schützt. Die Forderung, zu deren Sicherung die Eigentumsübertragung vorgenommen wird, muß mindestens 30 £ betragen. Die bill of sale kommt rechtswirksam zur Entstehung, wenn die gestempelte Urkunde binnen 7 Tagen seit ihrer Errichtung mit dem Affidavit über den Hergang bei dem Registergericht zur Eintragung in ein öffentliches Register eingereicht wird. Wird die Frist nicht eingehalten, so ist die bill of sale nichtig.

Die Registerbehörde für ganz England befindet sich beim High Court in London (Bill of sale Department of the central office at the Royal Courts of Justice). Neben dem eigentlichen Register wird ein alphabetisches Verzeichnis der Schuldner, die eine bill of sale vorgenommen haben, geführt. Das Register steht jedermann gegen Zahlung einer Gebühr zur Einsicht offen. Gläubigerschutzvereinigungen und Handelsblätter geben Listen der registrierten bills of sale heraus.

Nach Ablauf von 5 Jahren verliert die bill of sale ihre Gültigkeit, falls die Eintragung nicht erneuert wird.

Die strengen Formvorschriften und die Beschränkung der bill of sale auf eine Mindestsumme engen die Möglichkeit ihrer Bestellung ein. Ihre Inanspruchnahme namentlich durch kleinere Geschäftsleute ist dadurch fast ausgeschlossen. Trotzdem hat sich nach Mitteilungen der Praxis die Kreditsicherung mittels bill of sale im allgemeinen bewährt.

§ 26

II. Frankreich und Belgien.

Auch in Frankreich[186]) hat das Registerpfandrecht seit geraumer Zeit Eingang gefunden. Zwar ist noch nach Art. 2076 Code Civile die Gültigkeit des Pfandrechts davon abhängig, daß der Pfandgläubiger den Besitz der Pfandsache erhält. Demgegenüber machten sich zunächst Bestrebungen der Landwirtschaft geltend, die die Verpfändung ihrer Erzeugnisse ohne Besitzaufgabe ermöglichen wollte, um sich den nötigen Kredit beschaffen zu können. Nachdem dahingehende Entwürfe aus den Jahren 1856, 1866 und 1882 nicht Gesetz wurden und der Zustand der Kreditnot andauerte, wurden im Jahre 1897 nochmals zwei Entwürfe gleichen Zieles der Kammer vorgelegt.

---

[186]) Denkschr. d. Reichsmin. d. Just. S. 24 ff.; Feilner a. a. O. S. 87 fl.; Hoeniger, Sicherungsübereignung S. 5 ff.; Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 468 f.; Schauer-Rost, Kreditsicherung S. 67 ff.; Weisweiler a. a. O. S. 36 f.

Hieraus enstand das Gesetz vom 18. 7. 1898 „sur le warrant agricole", das eine Verpfändung der landwirtschaftlichen Produkte durch Eintragung in ein Register zuließ. Ein Auszug aus dem Register galt als Pfandschein (warrant), den der Schuldner zum Zwecke der Krediterlangung indossieren konnte. Durch das Gesetz vom 30. 4. 1906 (loi modifiant la loi du 18. 7. 1898 sur le warrant agricole) wurden Verbesserungen und Erweiterungen dahin vorgenommen, daß auch das Vieh Gegenstand des warrant bilden konnte.

Der Handelsverkehr verspürte die Kreditnot nicht minder. Versuche, Handelsunternehmungen mangels gesetzlicher Bestimmungen über Sachgesamtheiten im CC. im ganzen zu verpfänden, scheiterten an der Stellungnahme der Handelsgerichte, wenn auch die höheren Gerichte derartige Verpfändungen für gültig hielten. Das Gesetz vom 1. 3. 1898 „sur le nantissement des fonds de commerce" machte diesem Zustand durch Einführung eines Registerpfandrechts für Handelsunternehmungen ein Ende. Das Gesetz wurde als besonderer Absatz dem Art. 2075 CC. hinzugefügt und besagte, „daß jede Verpfändung eines Handelsunternehmens, um Dritten gegenüber gültig zu sein, in ein öffentliches Register eingetragen werden müsse, das beim Handelsgericht zu führen sei, in dessen Bezirk sich das Unternehmen befände". Die Kürze des Gesetzes führte begreiflicherweise zu Unklarheiten, so daß es durch die erschöpfende „loi relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce" vom 17. 3. 1909 ersetzt wurde.

Die Begründung des Pfandrechts erfolgt durch schriftlichen oder notariellen Vertrag. Dritten gegenüber wirkt das Pfandrecht nur, wenn es binnen 15 Tagen in das Pfandregister eingetragen wird. Damit die Eintragung, die von Amtswegen erfolgt, vorgenommen wird, muß der Vertrag bei dem Registergericht eingereicht werden. Als Grundlage der Eintragung dienen Urkunden (bordereaux), die wie in England genauen gesetzlichen Vorschriften entsprechen müssen. Gegenstand der Verpfändung ist das Handelsgeschäft, dessen Elemente im Gesetz vom 17. 3. 1909 einzeln aufgeführt sind. Das Registerpfand erstreckt sich danach auf zur Veräußerung nicht bestimmte Gebrauchsgegenstände [187]) sowie vor allem auf die mit dem Unternehmen zusammenhängenden immateriellen Güterrech-

[187]) mobilier commercial, matérial ou l'outillage servant à l'exploitation des fonds.

te [188]). Dagegen ist es nicht möglich, auf diesem Wege das Warenlager zu verpfänden, da es im Verzeichnis des Gesetzes nicht aufgeführt ist.

Das Register wird von der Gerichtsschreiberei des Handelsgerichts, in dessen Bezirk das Unternehmen liegt, geführt. Hat das Geschäft Zweigniederlassungen, so hat die Eintragung auch an dem für sie zuständigen Handelsgericht zu erfolgen. Außerdem muß die Verpfändung in das Handelsregister eingetragen werden. Ueber die Einsicht in das Register macht das Gesetz keine Ausführungen. Die Publizität ist jedoch dadurch gewährleistet, daß die Registerbehörde auf Verlangen jedermann eine Abschrift des Registerinhalts aushändigt. Durch die Eintragung entsteht ein Pfandrecht auf die Dauer von 5 Jahren. Um sein Bestehen darüber hinaus zu erreichen, muß vor Ablauf der 5 Jahre eine Erneuerung der Eintragung vorgenommen werden, da das Pfandrecht sonst durch Zeitablauf erlischt.

Die Verpfändung eines Handelsunternehmens ist besonders im kleineren Geschäftsverkehr durchaus gebräuchlich. Wenn die Verbreitung noch nicht allgemein ist, so darf der Grund vor allem wohl darin zu suchen sein, daß die Verpfändung eines Warenlagers ohne Besitzaufgabe nicht zugelassen ist.

In Belgien [189]) ist durch Gesetz vom 25. 10. 1919 (loi sur le crédit professional en faveur de la petite bourgeoisie commerçante industrielle) gleichfalls die Verpfändung eines Handelsgeschäfts unter in der Hauptsache gleichen Bedingungen wie in Frankreich zugelassen. Allerdings besteht gegenüber dem französischen Recht der wesentliche Unterschied, daß auch das Warenlager bis zum Höchstbetrage von 50% seines Wertes dem Pfandrecht unterworfen werden kann. Auch kann das Handelsgeschäft nur Banken und Kreditinstituten, die von der Regierung für derartige Geschäfte zugelassen sind, verpfändet werden. Das Pfandrecht erlischt nach Ablauf von 3 Jahren, ohne daß eine Erneuerung vorgesehen ist.

§ 27

III. Schweiz.

In der Schweiz [190]) bestand schon nach kantonalen Rech-

[188]) l'enseign et le nom commercial, la clientèle et achalandage, les brevets d'invention, les licenses, les marques de fabrique et de commerce, les dessins et modèles industriels et généralement les droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique, qui y sont achetés.

[189]) Schauer-Rost, Kreditsicherung S. 73.

[190]) Dazu Feilner a. a. O. S. 92; Hoeniger, Sicherungsübereignung S. 7; Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 469 ff., 474.

ten vielfach die Möglichkeit, eine Mobiliarhypothek durch Eintragung in ein Fahrnisregister zu begründen. Die Schweiz wird daher nicht mit Unrecht als „der klassische Boden des Registerpfandrechts" [191]) bezeichnet. Nachdem noch im Entwurf zum Schweizer ZGB. eine Fahrnisverschreibung durch Eintragung in ein Register anerkannt wurde (Entw. Art. 890—895), entschied man sich nach lebhaftem Für und Wider dahin, nur noch ein Registerpfandrecht für Vieh beizubehalten (Art. 885 Schw. ZGB.).

Gegenstand der Pfandbestellung ist das einzelne Stück Vieh, während die Verpfändung einer Herde als Ganzer unzulässig ist. Der Abschluß einer Viehverschreibung erfolgt auf einem besonderen Vordruck; das Pfandrecht kommt mit der Eintragung in das Register zur Entstehung. Die Eintragung wird auf vorherige Anmeldung hin in der Reihenfolge ihres Einganges vorgenommen. Die Anmeldung muß bestimmten Formvorschriften genügen und die Unterschriften des Verpfänders, Pfandgläubigers und eines Viehinspektors tragen. Registerbehörde ist das Verschreibungsamt, in dessem Bezirk das Vieh seinen jeweiligen ständigen Standort hat. Das Pfandrecht erlischt mit dem Ablaufe von 3 Jahren, falls nicht vorher eine erneute Eintragung erfolgt.

Die Viehverschreibung ist nur ein bescheidener Rest der früher so häufig vorkommenden Fahrnisverschreibung. Dennoch darf aus dieser Beschränkung nicht geschlossen werden, daß die weitgehende Abschaffung des Registerpfandrechts den Redaktoren des Schw. ZGB. als ein Fortschritt galt [192]). Es darf doch nicht vergessen werden, daß die Viehwirtschaft in ganz erheblichem, wenn nicht sogar überwiegendem Maße an der schweizerischen Volkswirtschaft beteiligt ist. Gerade die Tatsache, daß das Registerpfandrecht für Vieh unter diesen Umständen geblieben ist, spricht dafür, daß der Registergedanke gesund und verwertbar ist.

§ 28

IV. Andere Länder

In Dänemark [193]) war bis zum Jahre 1872 neben dem Faustpfand eine Mobiliarhypothek mit Eintragung in ein öffentliches

---

[191]) Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 469.

[192]) A. A. Hoeniger, Sicherungsübereignung S. 7.

[193]) Dazu Denkschr. d. Reichsm. d. Just. S. 35 f.; Feilner a. a. O. S. 90 f.; Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. S. 471.

Register ganz allgemein zulässig. In der Folgezeit (§§151, 152 der KO.) wurde das Registerpfandrecht an Sachgesamtheiten ausgeschlossen, so daß insbesondere eine Verpfändung von Warenlagern auf diese Art nicht mehr vorgenommen werden kann. Zur Begründung des Pfandrechts an einer beweglichen Einzelsache wird eine Urkunde über den Pfändungsakt errichtet, die unverzüglich bei dem für den Schuldner zuständigen Gericht in ein Register (Personalregister) eingetragen werden muß. Bei rechtzeitiger Eintragung wird die Urkunde vom Tage ihrer Aufstellung an gültig.

Das schwedische Recht [194]) kennt nach dem Gesetz vom 20. 6. 1924 (om panträtt i spannmal — über das Pfandrecht an Getreide) ein Registerpfand an gedroschenem Getreide (ausgedehnt durch Gesetz vom 16. 4. 1926 auf ungedroschenes Getreide). Die Gültigkeit der Verpfändung ist von ziemlich umständlichen Formalitäten abhängig. Das nach bestimmten Vorschriften zu errichtende Protokoll muß binnen 14 Tagen bei dem Pfandregister, das vom Gericht geführt wird, zur Eintragung eingereicht werden. Mit der Eintragung entsteht ein Dritten gegenüber wirksames Pfandrecht.

In Norwegen [195]) ist auf Grund zweier Gesetze von 1843 und 1857 ein Registerpfandrecht an Erzeugnissen von Grubenwerken sowie an den Maschinen und dem Inventar von Bergwerks- und Industrieunternehmungen zugelassen. Das Pfandrecht kommt zur Entstehung durch Eintragung des schriftlich abgeschlossenen Pfandvertrages in ein öffentliches Register, das am Gerichte, in dessen Bezirk das Unternehmen seinen Sitz hat, geführt wird.

Auch den Rechten anderer Länder ist der Gedanke des Registerpfandes nicht fremd. So ist es z. B. in Finnland [196]) und Argentinien [197]) bereits eingeführt, während in der Tschechoslowakei [198]) die Einführung bevorsteht.

---

[194]) Denkschr. d. Zentr. Verb. S. 35 f.; Feilner a. a. O. S. 91; Schauer-Rost, Kreditsicherung S. 149.

[195]) Denkschr. d. Zentr. Verb. S. 24; Feilner S. 92; Schauer-Rost, Kreditsicherung S. 149.

[196]) Gesetz von 1923; Registerpfandrecht an im einzelnen bestimmten beweglichen Sachen.

[197]) Agrarpfandgesetz vom 19. 10. 1914.

[198]) § 5 Entw. z. Bürgerl. Gesetzbuch für die tschechoslowakische Republik.

§ 29

2. Titel: Die Bedenken gegen die Einführung des Registerpfandrechts

Die Einführung eines Registerpfandrechts bezweckt die Beseitigung des auf dem Gebiete der Beleihung von Fahrnis herrschenden Notstandes. Er ist dadurch heraufbeschworen, daß einmal die gesetzliche Regelung des Pfandrechts an beweglichen Sachen sich als unzulänglich erwiesen hat und daß zum andern die Sicherungsübereignung als Kreditsicherungsmittel eine das Kreditwesen beherrschende Stellung eingenommen hat. Der Gedanke, daß durch die Einführung des Registerpfandrechts anstelle der unsichtbaren, über die Vermögenslage des Schuldners hinwegtäuschenden und überdies gesetzlich nicht geregelten Sicherungsübereignung eine Rechtsform treten soll, die ein bestehendes Pfandrecht Dritten erkennbar macht und vom Gesetzgeber sanktioniert ist, ist bestechend. Voraussetzung dafür, daß man sich den Bestrebungen auf Einführung des Registerpfandrechts anschließt, ist es einerseits, daß eine genügende Erkennbarkeit des bestellten Pfandrechts auch wirklich besteht und andererseits, daß etwa sich ergebende Nachteile des Registerpfandes durch dem gegenüberstehende Vorzüge zumindest ausgeglichen werden.

Verschiedentlich ist geltend gemacht, ein Pfandregister könne Publizität gar nicht oder nur unzureichend verbürgen [199]). Die Erfahrung lehrt zwar, daß von den Registern unserer Rechtsordnung, vornehmlich im Handelsverkehr, nur wenig Gebrauch gemacht wird. Es mag sein, daß selbst die Einsichtnahme in das Grundbuch mancherorts selten ist [200]). Auch ist es richtig, daß der Geschäftsverkehr mit einer Fülle von Registern verschiedener Art bereits belastet ist. Aus diesen Gründen aber von einer „Scheinpublizität des Pfandregisters" [201]) zu sprechen oder die „Registerpublizität als Fiktion" [202]) zu bezeichnen, ist nicht gerechtfertigt. Das Bild des bestehenden Rechtszustandes wird kaum verändert, wenn der Vielheit der Register ein Pfandregister hinzugefügt wird. Da im übrigen die Register nach verschiedenen Richtungen dem Rechte ihre Dienste leisten, so in-

---

[199]) Ackermann a. a. O. S. 177; Bernstein i. DJZ. 1926 S. 736; Denkschr. d. Reichsmin. d. Just. S. 11; Hoeniger, Sicherungsübereignung S. 8; Weinhausen a. a. O. S. 131.

[200]) So Hoeniger, Sicherungsübreignung S. 8.

[201]) Denkschr. d. Reichsmin. d. Just. S. 11.

[202]) Hoeniger, Sicherungsübereignung S. 8; Weinhausen a. a. O. S. 131.

teressiert im einzelnen Falle nur das einzelne Register, im Falle der Pfandbestellung nämlich nur das Pfandregister. Es fällt nicht ins Gewicht, daß die bestehenden Register selten eingesehen werden. Ausschlaggebend ist es, daß für einen Dritten die Möglichkeit tatsächlich gegeben ist, mittels Einsichtnahme in das Pfandregister sich über das Bestehen von Pfandrechten zu vergewissern. Wenn er dann von dem Register keinen Gebrauch macht, so handelt er auf eigene Gefahr und hat sich den daraus entstehenden Schaden selbst zuzuschreiben. Es besteht also kein Grund, dem Pfandregister die Publizitätswirkung abzusprechen [203]).

Weiterhin wird befürchtet, daß durch die im Pfandregister bis zu einem gewissen Grade erfolgende Aufdeckung der Vermögensverhältnisse des Verpfänders das Gegenteil dessen herbeigeführt werde, was mit der Einführung des Registerpfandrechts beabsichtigt sei [204]). Statt einer Belebung des Kreditmarktes werde eine allgemeine Stockung eintreten, denn der Kreditbedürftige werde auf die Bestellung eines Registerpfandrechts angewiesen sein, während aber dieses kreditvernichtend wirke. Der Kaufmann werde also, anstatt sein Geschäft durch Aufnahme eines Kredites zu fördern, mit Rücksicht auf die verheerende Wirkung des Pfandregisters lieber darauf verzichten. Große Kapitalien würden dann der Volkswirtschaft entzogen bleiben. Es vermag jedoch nicht eingesehen zu werden, warum der Ruf eines an sich gesunden Betriebes darunter leiden sollte, wenn gewissen interessierten Kreisen bekannt werden sollte, daß er einen nicht übermäßigen Kredit aufgenommen hat. Wenn aus der Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek Rückschlüsse auf die Kreditwürdigkeit des Eigentümers nicht gezogen zu werden pflegen, so kann der Eigentümer auch sein bewegliches Vermögen ohne Gefahr mit einem Pfandrecht belasten. Im übrigen ist der Einwand im heutigen Zeitpunkte weniger denn je angebracht. Durch die allgemeine bemerkbare Entwertung der Grundstücke ist der Immobiliarkredit wesentlich eingeschränkt. Zum Zwecke der Kreditbeschaffung müssen angesichts der großen Vermögensverluste auf jedem Gebiete alle verfügbaren Mittel ausgenutzt werden. Auch das Registerpfandrecht wird nicht als unwillkommene Aufdeckung der Vermögenslage von der Geschäftswelt abgelehnt, sondern als will-

[203]) Leonhard, Lehrbuch S. 144, Melchior i. Verh. 32. DJT. S. 219; Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 476.

[204]) Vergl. Denkschr. d. Reichsmin. d. Just. S. 10; Geiler i. Verh. 32. DJT. S. 193 f.

kommenes und notwendiges Mittel der Kreditbeschaffung begrüßt werden [205]). Allerdings wird und muß der Kaufmann es im allgemeinen vermeiden, der Allgemeinheit seine Vermögenslage zu offenbaren. Wenn er ein Registerpfandrecht bestellt, so ist das aber noch keine derartige Kundbarmachung, die seinem Kredit schädlich sein könnte. Publizität und Publikation dürfen nicht verwechselt werden [206]). Publizität soll dadurch gewährleistet werden, daß an der Eintragung in das Pfandregister Interessierte sie erfahren können. Publikation ist aber nie beabsichtigt. Die Eintragungen in das Pfandregister sollen nicht — wie etwa die Eintragungen in das Handelsregister — öffentlich bekanntgemacht werden. Freilich mag für einen Schuldner, dessen Vermögensverhältnisse vor dem Zusammenbruch stehen, die Aufdeckung seiner Lage im Pfandregister oft lästig und unerwünscht sein. Um so nützlicher ist sie aber in diesem Falle für den Kreditgeber [207]). Er hat die Möglichkeit, Verschleierungen, denen er bei der Sicherungsübereignung ausgesetzt ist, durch Einsicht in das Register aus dem Wege zu gehen.

Gegen das Registerpfandrecht kann auch die Tatsache nicht ins Feld geführt werden, daß der Schuldner nach der Einsichtnahme des Gläubigers in das Register möglicherweise weitere Verpfändungen vornimmt, so daß der Gläubiger wiederum über die wahre Vermögenslage des Schuldners im Unklaren ist [208]). Das Verlangen, daß alle in der Zukunft zur Entstehung kommenden Pfandrechte sofort ersichtlich sein müßten, würde die Anforderungen, die an die Kenntlichkeit des Pfandrechts zu stellen sind, überspannen. Schließlich ist ein Gläubiger nie davor sicher, daß in den Vermögensverhältnissen seines Schuldners sich nachträglich eine Verschlechterung einstellt. Es ist immerhin schon ein erheblicher Gewinn gegenüber dem bestehenden Rechtszustand, wenn der Kreditgeber bei Anbahnung der Geschäftsverbindung mit einem Kreditbedürftigen dessen augenblicklichen Vermögensstand überstehen kann. Auch hat es jeder Gläubiger in der Hand, sich vor späteren Eintragungen selbst durch Bestellung eines Registerpfandrechts zu schützen.

Der Handelsverkehr fordert oft schnelle Entschlüsse, denen langwierige und gründliche Untersuchungen nicht vorausgehen können. Das Kreditbedürfnis kann von einem Tage zum andern

---

[205]) Dazu Salinger i. DJZ. 1926 S. 635 ff.
[206]) Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 481.
[207]) Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 478 f.
[208]) Feilner a. a. O. S. 97; Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 477; Weisweiler a. a. O. S. 46. — a. A. Hoeniger, Sicherungsübereignung S. 10.

auftreten, wenn beispielsweise ein Wechsel fällig wird oder eine erwartete Zahlung ausbleibt. Im Hinblick darauf wird des öfteren gegen das Registerpfandrecht eingewandt, es sei unmöglich, vor dem Abschlusse von manchmal telegraphisch eingeleiteten Verträgen das Register einzusehen. Der Gläubiger würde also auch fernerhin die Kreditwürdigkeit des Schuldners nicht beurteilen können [209]). Der Kreditgeber kann sich aber vor der Aufnahme einer Geschäftsverbindung, die er nicht ohne eingehende vorherige Verhandlungen einzugehen pflegt, über die Belastungen des Schuldnervermögens durch Einsicht in das Register unterrichten. Es muß auch hier allen Anforderungen genügen, wenn er dann von Zeit zu Zeit die Gelegenheit wahrnehmen kann, Veränderungen im Pfandregister festzustellen [210]). Wenn behauptet wird, daß die unumgänglichen Förmlichkeiten bei der Bestellung eines Registerpfandrechts den ganzen Kreditverkehr verlangsamen und erschweren würden [211]), so kann auch dieser Einwand die Ablehnung einer Ablösung der Sicherungsübereignung durch das Registerpfandrecht nicht begründen. Trotz aller im geschäftlichen Leben plötzlich und unerwartet auftretenden Kreditbedürfnisse kommt es heute nur äußerst selten dazu, daß Sicherungsübereignungsverträge etwa durch Fernsprecher oder überhaupt mündlich abgeschlossen werden. Meist werden ins einzelne gehende schriftlich fixierte Vertragsbedingungen zugrunde gelegt und oft — so von den Banken — ausgearbeitete Formulare benutzt. Auch das erfordert eine gewisse Zeit, die durch die Niederlegung der Verträge bei dem Registergericht kaum erheblich verlängert würde. Schließlich dürfte auch die Wahl zwischen einem in gewissem Sinne schwerfälligen und einem angesichts seiner Mängel sehr unsicheren Rechtsinstitut nicht zu schwer fallen.

Es ist nicht zu befürchten, daß die Mobiliarhypothek einer Vergrößerung der Schuldenlast in bedenklicher Weise Vorschub leisten wird, falls sich ihre leichte Ausnutzbarkeit und Handhabung ergibt [212]). Dazu ist grundsätzlich zu sagen, daß es nicht die Aufgabe des Gesetzes sein kann, die dem Gesetz unterworfenen Personen in ihren Entschließungen zu bevormunden. So ist es auch nicht die Aufgabe des Pfandrechts, dem Leicht-

---

[209]) Bernstein i. DJZ. 1926 S. 736; Hoeniger, Sicherungsübereignung S. 10; Weinhausen a. a. O. S. 131.

[210]) Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 477 ff.

[211]) Bernstein i. DJZ. 1926 S. 736; Denkschr. d. Reichsmin. d. Just. S. 10.

[212]) A. A. Denkschr. d. Reichsmin. d. Just. S. 10; Weinberg a. a. O. S. 19.

sinn des Verpfänders zu steuern [213]). Es bezweckt vielmehr, die Beschaffung von Krediten zu ermöglichen.

Es ist bemerkenswert, aus welchen Lagern der Kampf für und gegen das Registerpfandrecht geführt wird. Dabei zeigt sich nämlich, daß persönliche Interessen gewisser Wirtschaftskreise ihre Stellungnahme anscheinend begründen. Auf der einen Seite sieht der Handel, namentlich der Großhandel, in dem Registerpfand einen Schutz gegen die gerade ihm aus der Heimlichkeit der Sicherungsübereignung erwachsenden Nachteile. Der Handel ist auf den Absatz seiner Waren angewiesen und sieht sich oftmals um seine Forderungen an die Abnehmer geschädigt, da sie nur kreditwürdig erscheinen, ohne über genügende Vermögenswerte zu verfügen. Der Widerstand gegen die Einführung des Registerpfandrechts wird insbesondere aus den Kreisen der Banken geltend gemacht. Diese sind auf das Registerpfand nicht angewiesen; sie, die Banken, ziehen in erster Linie den Nutzen aus der Sicherungsübereignung. Als Geldgeber sind sie meist der wirtschaftlich stärkere Teil und können den Schuldner zwingen, ihnen seine Vermögenslage durch Vorlage sämtlicher Geschäftsbücher aufzudecken. Dabei werden die Banken aber gar nicht durch die Einführung des Registerpfandrechts geschädigt. Sie können ihre Sicherung schließlich auch durch ein Registerpfand gewinnen. Im übrigen dürften persönliche Interessen einzelner Kreise nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Bei der Abwägung des Für und Wider gibt allein die Zweckmäßigkeit des Registerpfandes den Ausschlag [214]).

Wenn darauf hingewiesen wird, daß die Sicherungsübereignung in 25jähriger Praxis ausgebaut und demgegenüber das Registerpfandrecht unerprobt sei und seine Einführung gewissermaßen einen Sprung ins Dunkle bedeuten würde [215]), so kann dem nur erwidert werden, daß nicht einmal die Praxis eines Vierteljahrhunderts die Sicherungsübereignung zu einer wirtschaftlich erträglichen Rechtsform hat gestalten können. So ganz unerprobt ist ja auch das Registerpfandrecht nicht. Es sei in diesem Zusammenhang daran erinert, daß es bereits auf manchen Gebieten unseres Privatrechts Eingang gefunden hat.

Grundsätzliche Bedenken gegen die Einführung eines Registerpfandrechts bestehen also nicht. Selbstverständlich darf

---

[213]) Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 481.
[214]) Salinger i. DJZ. 1926 S. 636.
[215]) Denkschr. d. Reichsm. d. Just. S. 9; Weinberg S. 23.

unser Rechts- und Wirtschaftsleben, das ohnehin schon schweren Belastungsproben unterzogen ist, nicht leichtfertigen Versuchen ausgesetzt werden. Eine gewissenhafte gesetzliche Ausgestaltung des Registerpfandrechts muß die Gewähr dafür bieten, daß seine Einführung kein Experiment ist, sondern genügende Garantien für die Verkehrssicherheit bietet.

§ 30

3. Titel: Die Frage der rechtlichen Ausgestaltung des Registerpfandrechts

Bei dem Versuche einer rechtlichen Ausgestaltung des Registerpfandrechts ist von der wichtigsten Frage, der Frage nämlich, in welcher Weise der Schutz des guten Glaubens zu regeln ist, auszugehen.

Soll der gute Glaube des Erwerbers unter allen Umständen geschützt werden, so führt das zu unbefriedigenden Ergebnissen. Der Pfandgläubiger muß dann stets befürchten, daß er sein Recht verliert. Der Wert des Registers wird in sich zusammensinken, denn seine Publizität hängt von bloßen Zufällen ab. Das Registerpfandrecht wird im Falle einer solchen Regelung keine Aussicht haben, praktische Bedeutung zu gewinnen [216]).

Wenn man das Pfandregister mit einem ähnlich den für das Grundbuch geltenden Regeln ausgestalteten öffentlichen Glauben versehen will, so scheint das praktisch darauf hinauszulaufen, daß jeder Erwerber einer beweglichen Sache sich durch Einsicht in das Pfandregister vergewissern muß, ob diese Sache mit einem Registerpfandrecht belastet ist. Das würde in der Tat eine unerträgliche Verlangsamung und Unsicherheit des Verkehrs herbeiführen [217]). Die Lösung des Problems, wie die Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens beim Pfandregister unter möglichst gleichmäßiger Berücksichtigung der Interessen aller unmittelbar oder mittelbar von dem Registerpfandrecht betroffenen Personen zu gestalten sind, ist sehr schwierig, wenn nur ein Registerpfandrecht an Einzelsachen in Betracht gezogen wird. Die Lösung erleichtert sich, wenn man die Verpfändung von Sachgesamtheiten mittels Registerpfand-

[216]) Vergl. Salinger Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 491.

[217]) Denkschr. d. Zentr. Verb. S. 7; Feilner a. a. O. S. 106; Friedlaender in Schauer-Rost, Kreditsicherung S. 155; Hoeniger, Sicherungsübereignung S. 12; Weisweiler a. a. O. S. 48.

recht zunächst ins Auge faßt [218]). Die Verpfändung einer Sachgesamtheit ist ohne Verstoß gegen den unser Sachenrecht beherrschenden Grundsatz der Spezialität möglich; genau wie die Übereignung einer Sachgesamtheit begrifflich die Uebereignung der zu ihr gehörigen einzelnen Sachen ist, ist es die Verpfändung einer Sachgesamtheit [219]). Insoweit besteht auch in erheblichem Maße ein Bedürfnis. Fabrikeinrichtungen, Warenlager u. a. können jetzt Gegenstand der Verpfändung bilden. Die nach den Grundsätzen der Spezialität notwendige Konkretisierung der verpfändeten Sachen kann wie bei der Sicherungsübereignung — auch bei Sachgesamtheiten mit wechselndem Bestand also — jederzeit bei Beachtung der von der Rechtsprechung gegebenen Richtlinien [220]) herbeigeführt werden. Die Regelung der Verpfändung einer Sachgesamtheit hat in der Weise zu erfolgen, daß in dieselbe einverleibte Sachen — unter Berücksichtigung etwa bestehender dinglicher Rechte wie z. B. bestehender Eigentumsvorbehalte — ohne weiteres der Pfandhaft unterworfen werden. Ebenso werden die aus der Gesamtheit im Wege der Veräußerung ausscheidenden Sachen pfandfrei, allerdings unter der im Interesse des Pfandgläubigers nötig erscheinenden Voraussetzung, daß die Sachen im Wege einer in den Rahmen des Geschäftsbetriebes fallenden ordnungsmäßigen Veräußerung ausscheiden. Wird die Veräußerung ordnungswidrig vorgenommen, so ist der gute Glaube des Erwerbers maßgebend, d. h. dieser erwirbt ein Recht an der veräußerten Sache nur, wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit von der Ordnungswidrigkeit der Veräußerung keine Kenntnis hat [221]). Der Einwand, daß nun also jeder Käufer einer noch so geringfügigen Sache Registerpfandrechte an der gekauften Sache zu befürchten habe, geht fehl und ist nur geeignet, die tatsächlichen Verhältnisse zu verwischen. Die übliche Veräußerung aus dem Bestande eines Warenlagers etwa wird immer in den Rahmen des ordnungsmäßigen Geschäftsbetriebes fallen. Getroffen werden dagegen

---

[218]) Denkschr. d. Zentr. Verb. S. 8; Gierke, Entw. S. 389; Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 492 und in DJZ. 1926 S. 637.

[219]) Vergl. dazu § 15 S. 34 ff.

[220]) RGE. 52, 365; 53, 220; RG. i. JW. 1912 S. 144; LZ. 1926 S. 485; Gruch. Bd. 58 S. 1029; B. A. 1926 S. 337.

[221]) Aehnlich Denkschr. d. Zentr. Verb. S. 8; Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 492 ff. und in DJZ. 1926 S. 637 f.; Weisweiler a. a. O. S. 52 f. — a. A. Hoeniger, Sicherungsübereignung S. 12 ff.; Litten i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 214; Denkschr. d. Reichsmin. d. Just. S. 12; Weinberg S. 15 ff.; Weinhausen a. a. O. S. 138; zunächst auch Geiler i. Verh. 32. DJT. S. 191 f.: teils mit der Begründung, daß gegen den Grundsatz der Spezialität verstoßen werde, teils, weil Verkehrsunsicherheit zu befürchten sei.

mit Recht diejenigen beispielsweise, die große und wertvolle Bestände zu Schleuderpreisen aufkaufen oder die ein weiteres Pfandrecht am Inbegriff erwerben wollen. Der Schutz des Kreditgebers ist die erste Forderung, die an ein künftiges Registerpfandrecht zu stellen ist. Dieser Forderung ist weitestgehend Rechnung getragen. Schon Sicherungsübereignungsverträge über Sachgesamtheiten mit wechselndem Bestande pflegen den Schuldnern das Recht zu geben, über die einzelnen Sachen im Rahmen einer ordnungsmäßigen Geschäftsführung zu verfügen. Aus an der Sicherungsübereignung besonders interessierten Kreisen sind Klagen, daß diese Vereinbarung zu Unzuträglichkeiten, zu einem „Ausverkauf" [222]) der übereigneten Sachgesamtheit führe, nicht oder nur selten erhoben, soweit sich übersehen läßt. Der Gläubiger kann seinen Schuldner durch Treuhandgesellschaften oder Auskunfteien, wie es auch jetzt geschieht, überwachen lassen. Er ist für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die Vereinbarung seitens des Schuldners ja auch durch Schadensersatzansprüche bis zu einem gewissen Grade gesichert. Es darf daher nochmals festgestellt werden, daß ein Registerpfandrecht an Sachgesamtheiten den Kreditbedürfnissen der Wirtschaft bereits weitgehend entgegenkommt. Trotzdem erscheint es notwendig, auch an Einzelsachen ein Registerpfandrecht zuzulassen [223]). Eine Ueberlastung des Pfandregisters ist davon noch nicht zu befürchten. Ebensowenig wie heute geringwertige Mobilien einzeln zur Sicherung übereignet werden, wird in Zukunft daran ein Registerpfandrecht bestellt werden. Die Notwendigkeit der genauen Bezeichnung der verpfändeten Sache — ein Erfordernis, von dem im Hinblick auf den Grundsatz der Spezialität nicht abgegangen werden kann — wird eine weitere Einschränkung der Registerpfandbestellungen mit sich bringen. Es ist in erster Linie daran gedacht, daß beispielsweise Kraftwagen und Maschinen, deren Individualisierung ohne Schwierigkeit möglich ist, auf diesem Wege verpfändet werden können. Der Gesichtspunkt, daß bei beweglichen Sachen meist eine Wertminderung durch Abnutzung eintritt, kann angesichts der Tatsache, daß das genau so bei der Sicherungsübereignung der Fall ist, gegen die Einführung des Registerpfandrechts nicht ausschlaggebend ins Gewicht fallen.

Das Pfandregister ist für alle Fälle insoweit mit öffentlichem Glauben auszustatten, als auch gutgläubige Erwerber der Pfandsache sich ein bestehendes Registerpfandrecht ent-

[222]) Denkschr. d. Reichsmin. d. Just. S. 12.
[223]) Auch § 3 Entw. sieht ein Registerpfandrecht an Einzelsachen vor

gegenhalten lassen müssen, wenn die Pfandsache ordnungswidrig veräußert ist. Allerdings muß die Regelung, um die befürchtete Verlangsamung des Verkehrs zu vermeiden, derart erfolgen, daß der dritte Erwerber sich auf den ihm vom Veräußerer vorzulegenden Registerauszug verlassen kann.

Die Sicherungsübereignung ist dann in vollem Umfange überflüssig und neben dem Registerpfandrecht nicht mehr zuzulassen [224]).

In diesem Zusammenhange ist zu erörtern, ob ein Registerpfandrecht nur an den dem Verpfänder gehörigen Sachen zur Entstehung gelangen kann oder ob der gute Glaube des Pfandgläubigers an das Eigentum des Verpfänders entsprechend § 1207 BGB. geschützt werden soll. Die Anwendung der Verschrift würde insoweit eine Erweiterung des Gläubigerschutzes bringen, als die Erlangung des unmittelbaren Besitzes seitens des Gläubigers die Entstehung des Pfandrechts nicht bedingt. Eine dem § 1207 BGB. entsprechende Regelung ist dennoch zu befürworten, da der Schutz des Gläubigers im Vordergrund stehen muß und dadurch die Interessen Dritter nicht ungebührlich nicht beeinträchtigt werden [225]). Der Schuldner wird selten im Besitz einer fremden Sachgesamtheit sein. Der Hinweis auf vielleicht bestehende Eigentumsvorbehalte, die bei Anwendung des § 1207 BGB. untergehen könnten, kann an der Stellungnahme nichts ändern, da die Strafbestimmung des § 246 RStGB. als genügender Schutz angesehen werden muß.

Der Verpfänder kann an den von ihm bereits verpfändeten Sachen ein weiteres Registerpfandrecht bestellen, das dem zuerst bestellten Pfandrecht im Range nachsteht [226]). Diese Rechtsfolge bedarf keiner näheren Begründung.

Wenn der Verpfänder einzelne Sachen der Sachgesamtheit durch Faustpfand weiter verpfändet, so scheiden sie entsprechend den gemachten Ausführungen aus der Pfandhaft aus. Das Ergebnis ist unvermeidlich und nicht so bedenklich, wenn man dem Registerpfandgläubiger neben den ihm zustehenden Schadensersatzansprüchen ähnliche Rechte gibt, wie sie der Hypothekengläubiger gemäß §§ 1134, 1135 BGB. genießt.

---

[224]) § 18 Entw. sieht neben dem Registerpfandrecht weiterhin die Sicherungsübereignung vor.

[225]) So § 8 Entw., gleiche Regelung in § 4 Abs. 1 des Pächterkreditbeschaffungsgesetzes v. 9. 7. 1926 (RGBl. I S. 399).

[226]) Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 495; § 8 Entw.

Soweit ein Pfandrecht an den dem Registerpfandrecht unterliegenden Sachen nicht durch Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes oder durch einen Akt der Zwangsvollstreckung zur Entstehung gelangt ist, hat das Registerpfandrecht den Vorrang zu beanspruchen, wenn es vor Begründung des gesetzlichen oder Pfändungspfandrecht bestellt ist. Da also z. B. das Vermieterpfandrecht mit der Einbringung der Sachen des Mieters entsteht (§ 559 BGB.), so geht es dem Registerpfandrecht vor, wenn dieses nach der Einbringung begründet wird, steht ihm dagegen nach, wenn es vor der Einbringung bereits bestanden hat. Das ist für den Vermieter bezw. jeden anderen nicht rechtsgeschäftlichen Pfandgläubiger keine unbillige Härte, sondern nur ein Ausfluß des Rechtsgedankens, daß der gute Glaube beim gesetzlichen Pfandrecht nur, wenn das Gesetz es vorsieht [227]), beim Pfändungspfandrecht aber nie (§ 804 ZPO.) [228]) geschützt wird.

Es besteht kein Anlaß, den Kreis der Pfandgläubiger zu beschränken. In der Schweiz kann die Viehverschreibung zwar nur zugunsten bestimmter Kreditinstitute erfolgen. Das liegt jedoch in den besonderen wirtschaftlichen Verhältnissen dieses Landes begründet [229]). Ebenso hat sich das Pächterkreditbeschaffungsgesetz vom 9. 7. 1926 von besonderen agrarwirtschaftlichen Erwägungen leiten lassen, wenn es das Pächterpfandrecht nur „zugelassenen Kreditinstituten" (§§ 1, 17 ff. d. G.) gewährt [230]). Es soll doch neben den Kapitalgläubigern besonders den Warengläubigern die Gelegenheit gegeben werden, sich mittels eines Registerpfandrechts sichern zu können. Hier einigen Instituten eine Vorzugs- und Monopolstellung geben zu wollen, erscheint nicht gerechtfertigt [231]).

Ebenso muß jedem gestattet werden, seine kreditwürdige Habe zu verpfänden. Es ist unrichtig zu sagen, das Registerpfandrecht solle eingeführt werden, um besonderen Kreditbedürfnissen zu dienen und es solle daher nur solchen Kreisen offenstehen, bei denen ein besonderes Kreditbedürfnis voraus-

[227]) § 1257 BGB. spricht nur von den kraft Gesetzes entstandenen Pfandrechten; vergl. Staudinger N. II 1a z. § 1257. — A. A. Wolff, Sachenrecht § 163 III 2.

[228]) Stein-Jonas N. II 3 z. § 804; Wolff, Sachenrecht § 163 IV. — A. A. Baumbach N. 2 C z. § 804.

[229]) Vergl. § 28.

[230]) Vergl. § 25.

[231]) Friedlaender i. Schauer-Rost, Kreditsicherung S. 156; Salinger, i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 484; Weisweiler a. a. O. S. 56; ebenso der Entw. — A. A. Feilner a. a. O. S. 105.

zusetzen sei[232]). Wir sehen den Zweck der Einführung darin, daß die Sicherungsübereignung aus dem Verkehr restlos verschwindet und dem Registerpfandrecht Platz macht. Wie die Sicherungsübereignung heute allen Bevölkerungsschichten zugänglich ist, so muß es auch das Registerpfandrecht sein[233]). Einer Beschränkung auf Gewerbetreibende in der Hauptsache, wie der Entwurf[234]) sie vorsieht, kann nicht zugestimmt werden, da neben der Tatsache, daß ein Kreditbedürfnis nach Berufen und Klassen nicht gemessen werden kann, rechtspolitische Bedenken dagegen sprechen.

Wenn entsprechend dem englischen Recht die Möglichkeit der Bestellung eines Registerpfandrechts von der Höhe des Objekts abhängig gemacht wird, so würde ein großer Teil des Volkes auch bei Herabsetzung der Mindestsumme kreditlos bleiben. Die Höhe der Forderung muß daher ohne Bedeutung sein[235]). Eine Ueberlastung des Pfandregisters ist um deswillen noch nicht zu befürchten, da ein Registerpfandrecht für geringfügige Beträge kaum bestellt werden wird.

Für den Vertrag zwischen dem Verpfänder und Pfandgläubiger über die Bestellung des Pfandrechts ist zweckmäßigerweise die Schriftform vorzuschreiben, wobei die Unterschriften zu beglaubigen sind, um Täuschungen der Registerbehörde zu vermeiden. Gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorzuschreiben, erscheint nicht erforderlich, wenn sie auch bei hohen Objekten meist empfehlenswert sein wird.

Eingehender Erwägungen bedarf die Frage, zu welchem Zeitpunkt das Registerpfandrecht zur Entstehung kommt. Mit aller Wahrscheinlichkeit wird zwischen dem Abschluß des Vertrages, seiner Niederlegung bei dem Registergericht und der Eintragung im Pfandregister ein oft erheblicher Zeitraum liegen.

Wird der Eintragung konstitutive Bedeutung beigemessen, so ist damit die Publizität des Registers gewiß am meisten gewährleistet. Ein Dritter kann sich darauf verlassen, daß ein Registerpfandrecht an den Sachen des Schuldners nicht besteht, solange es nicht im Pfandregister eingetragen ist. Bei der augenblicklichen und zweifellos auch fortdauernden Ueber-

---

[232]) Feilner, a. a. O. S. 101; Friedlaender i. Schauer-Rost, Kreditsicherung S. 156; Weisweiler a. a. O. S. 57 f.

[233]) Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 484 f.

[234]) § 3 Entw.

[235]) Friedlaender i. Schauer-Rost, Kreditsicherung S. 155; Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 485 f.

lastung unserer Gerichte wird es aber nicht zu umgehen sein, daß die bei der Registerbehörde eingereichten Pfandverträge erst nach längerer Zeit in das Pfandregister eingetragen werden. Der Pfandgläubiger ist während dieser ganzen Zeit gegen unberechtigte Verfügungen des Verpfänders ungeschützt und kann sich dieser Gefahr nicht aussetzen. Eine dahingehende Regelung ist daher praktisch undurchführbar [236]).

Hat die Eintragung nur deklaratorische Wirkung, so geht dem Registerpfandrecht sein Wert, nämlich die Kenntlichkeit, völlig verloren. Von der Zeit des Vertragsabschlusses bis zur Eintragung, die die Parteien nach ihrem Ermessen hinausschieben können, ist die Stellung Dritter in gleicher Weise unerträglich wie bei der Sicherungsübereignung. Eine Täuschung über die Vermögensverhältnisse des Schuldners ist ebenso möglich. Auch dieser Ausweg ist also nicht gangbar [237]).

Der Entwurf Keinath u. Gen. sieht eine andere Möglichkeit vor. Nach §§ 4, 7 Entw. gelangt das Pfandrecht mit der Niederlegung des Vertrages bei dem Registergericht zur Entstehung. Damit ist die Frist, innerhalb welcher Unredlichkeiten zuungunsten anderer Personen vorkommen können, erheblich abgekürzt. Andererseits besteht für die Zeit zwischen der Niederlegung der Verträge und der Eintragung in das Pfandregister die Möglichkeit, daß Dritte sich über den Stand des Registers unterrichten wollen. Daher ist es zur Vermeidung von Irrtümern erforderlich, daß auch die Einsichtnahme in die niedergelegten und noch nicht eingetragenen Pfandverträge ebenso wie in das Pfandregister selbst gestattet wird. Zur besseren Uebersicht ist die Anlegung einer Kartei der niedergelegten Verträge zu empfehlen, ohne daß aber dadurch die Führung des Pfandregisters überflüssig wird, denn die Einsichtnahme in das Register ist zuverlässiger und bequemer zu bewerkstelligen. Dem Entwurf ist auch insoweit zuzustimmen, als er in § 7 Abs. 2 vorsieht, daß das Pfandrecht bereits mit der Vollziehung des Vertrages wirksam wird, wenn dieser binnen einer Woche nach Vollziehung bei dem Registergericht niedergelegt wird [238]). Zwar kann der Schuldner innerhalb der Frist den Mangel der

[236]) Denkschr. d. Reichsmin. d. Just. S. 13; Feilner a. a. O. S. 101 f.; Melchior i. Verh. 32. DJT. S. 221; Weinhausen a. a. O. S. 134 f.; Weisweiler a. a. O. S. 59.

[237]) Wie Anm. 236.

[238]) Melchior i. Verh. 32. DJT. S. 221. Gegen die Rückwirkung: Denkschr. d. Reichsmin. d. Just. S. 13; Weinberg a. a. O. S. 14; Weinhausen a. a. O. S. 136.

Kenntlichkeit mißbrauchen und gutgläubige Dritte täuschen. Die Möglichkeit eines Kreditschwindels während dieser kurzen Zeit kann jedoch in Kauf genommen werden. Gegenüber dem bestehenden Rechtszustand ist die Regelung immer noch ein bedeutender Fortschritt, denn bei der Sicherungsübereignung ist die Möglichkeit des Kreditschwindels, solange das Sicherungseigentum besteht, vorhanden.

Das Erlöschen des Pfandrechts hat unabhängig von der Löschung der Eintragung im Register zu erfolgen, wenn die materiellen Voraussetzungen vorliegen. Weigert sich der Gläubiger, in eine Löschung zu willigen, so ist der Verpfänder auf den Prozeßweg angewiesen. Es ist nicht zu empfehlen, das Erlöschen des Pfandrechts — wie in anderen Ländern [239]) — an den Ablauf einer gewissen Zeit zu knüpfen und die Gültigkeit darüber hinaus von der Erneuerung des Eintrags abhängig zu machen. Das kann leicht dazu führen, daß der Gläubiger mit allen ihm zustehenden Mitteln die Tilgung der Forderung durch den Schuldner zu erreichen sucht, nur um der Möglichkeit behoben zu sein, daß der Schuldner die neue Eintragung des Pfandrechts verweigert [240]).

Als zuständiges Registergericht schlägt § 14 Entw. das Amtsgericht vor, in dessen Bezirk der Verpfänder seinen Wohnsitz bezw. Aufenthaltsort hat. Ist der Verpfänder Kaufmann, so ist dasjenige Amtsgericht zuständig, in dessen Handelsregister die Hauptniederlassung bezw. entsprechend die Zweigniederlassung geführt wird. In der Tat ist diese Regelung die einzig mögliche [241]). Kreditgeber sind in erster Linie an der Einsicht in das Pfandregister interessiert. Ihnen liegt daran, die Kreditwürdigkeit des Schuldners festzustellen. Das geschieht am leichtesten, wenn das Gesetz sich dem Entwurf anschließt; auch müßte dem Schuldner unter Androhung einer Geldstrafe die Pflicht auferlegt werden, bei Aenderung seines Wohnsitzes bezw. des Ortes seiner Handelsniederlassung die Eintragung des Registerpfandrechts bei dem jetzt zuständigen Amtsgericht zu veranlassen [242]). Entsprechend dem englischen Recht [243]) eine Zentralregisterbehörde für das Reich oder große Bezirke einzurichten, ist nicht zweckmäßig. Die Einholung der Auskunft

---

[239]) Vergl. §§ 25—28.
[240]) Denkschr. d. Reichsmin. d. Just. S. 15.
[241]) Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 496 f.
[242]) So Art. 13 § 2 des französ. Ges. v. 1909, vergl. § 26 S. 64 ff.
[243]) Vergl. § 25 S. 64.

würde erhebliche Zeit in Anspruch nehmen und dadurch den Wert des Registers vermindern [244]).

Da das Pfandregister in der Hauptsache den Charakter einer Registratur hat, unterliegt es keinen Bedenken, die Führung des Registers wie in Frankreich der Geschäftsstelle zu überlassen. Das ist umso ungefährlicher, als eine sachliche Prüfung der niedergelegten Pfandverträge durch das Registergericht nicht vorgenommen wird. Daher erübrigt sich auch ein kostspieliger Verwaltungsapparat [245]), der in der heutigen Zeit den Plan der Einführung eines Registerpfandrechts von vornherein aussichtslos erscheinen ließe.

Um eine unerwünschte, unter Umständen gegen die Interessen der Verpfänder verstoßende Kundbarmachung der im Pfandregister eingetragenen Pfandrechte zu vermeiden, wird davon abgesehen, das Register jedermann ohne Einschränkung zu öffnen. Vielmehr ist entsprechend der Vorschrift des § 11 GBO. die Einsichtnahme nur zu gestatten, wenn ein berechtigtes Interesse dargelegt wird [246]). Diese Beschränkung erzielt die nötige Kenntlichkeit des Pfandrechts, ohne zur Publikation zu werden.

---

[244]) Denkschr. d. Reichsmin. d. Just. S. 16. — A. A. Melchior i. Verh. 32. DJT. S. 222.

[245]) Salinger i. DJZ. 1926 S. 637.

[246]) Melchior i. Verh. 32. DJT. S. 223 f.; Salinger i. Verh. 31. DJT. Bd. 3 S. 500; ebenso § 15 Entw. — A. A. Denkschr. d. Reichsmin. d. Just. S. 17.

§ 31

Schlußwort

Wir gelangen damit zu dem Ergebnis, daß grundsätzliche Bedenken gegen die Einführung eines Registerpfandrechts nicht bestehen und eine befriedigende Ausgestaltung der Rechtsform möglich ist. Das Registerpfandrecht weist gegenüber dem bestehenden Rechtszustand erhebliche Verbesserungen auf. Gesetzgeberische Maßnahmen sind daher notwendig und mit aller Entschiedenheit zu fordern.

Lebenslauf

Am 23. Februar 1909 wurde ich in Braunschweig geboren.

Ich besuchte 1½ Jahre die damalige Bürgerschule in Braunschweig und erhielt darauf 1½ Jahre Privatunterricht in Arosa (Schweiz). Dann trat ich in die Sexta der dortigen Deutschen Schule ein. Michaelis 1919 kam ich auf das Wilhelmgymnasium in Braunschweig, das ich nach 7½ Jahren mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Ich studierte 8 Semester Rechtswissenschaft. Die ersten beiden Semester studierte ich in Hamburg, blieb dann 4 Semester in Marburg und 2 Semester in Berlin. Während meines Studiums beschäftigte ich mich vor allem mit dem Bürgerlichen Recht und Strafrecht.

Am 20. Juni 1931 bestand ich vor dem juristischen Prüfungsausschuß am Oberlandesgericht in Braunschweig die erste juristische Prüfung.

Nachdem ich von dem Herrn Oberlandesgerichtspräsidenten zum Referendar ernannt worden war, begann ich am 25. Juli 1931 am Amtsgericht in Braunschweig, wo ich zur Zeit auch noch beschäftigt bin, meinen Vorbereitungsdienst.

Braunschweig, im Januar 1932.

Hans Jürgen Banhardt